



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO
Instituto Serzedello Corrêa - ISC

RICARDO ABDALLA LAGE

CONTRATAÇÃO DIRETA DE OBRAS NAS CONCESSÕES DE
RODOVIAS FEDERAIS:

Legalidade, boas práticas regulatórias e os incentivos para o setor

Brasília

2018

RICARDO ABDALLA LAGE

**CONTRATAÇÃO DIRETA DE OBRAS NAS CONCESSÕES DE
RODOVIAS FEDERAIS:**

Legalidade, boas práticas regulatórias e os incentivos para o setor

Monografia apresentada no curso de pós-graduação *lato sensu* em Auditoria de Obras Rodoviárias, realizado pela Universidade de Brasília –UnB e o Instituto Serzedello Corrêa - ISC como requisito para obtenção do título de especialista em Auditoria de Obras Rodoviárias.

Orientador: Mamede Said Maia Filho

Brasília

2018

RICARDO ABDALLA LAGE

**CONTRATAÇÃO DIRETA DE OBRAS NAS CONCESSÕES DE
RODOVIAS FEDERAIS:**

Legalidade, boas práticas regulatórias e os seus incentivos para o setor

Monografia apresentada no curso de pós-graduação *lato sensu* em Auditoria de Obras Rodoviárias, realizado pela Universidade de Brasília –UnB e o Instituto Serzedello Corrêa - ISC como requisito para obtenção do título de especialista em Auditoria de Obras Rodoviárias.

Brasília, 25 de março de 2018.

Banca Examinadora

M.e Benjamin Zymler

D.r Tarcísio Vieira de Carvalho Neto

RESUMO

Em meio à crise fiscal, os governos vêm ampliando continuamente a delegação das rodovias federais à iniciativa privada. Desde que fomenta a melhoria do serviço e a sua eficiência, a política é válida; todavia, o que se observa é que os usuários não têm conhecimento do nível de inexecução de investimentos nos contratos de concessão. Em todas as 21 concessões de rodovias federais, pode-se verificar relevantes níveis de atraso de obras, os quais, nos casos mais graves, chegam a 100%, conforme apuração da ANTT. Na contramão dessa situação, as tarifas de pedágio vêm sofrendo aumentos acima da inflação. Os acréscimos tarifários são explicados pela inclusão de grandes obras nos contratos, sem licitação e sem desconto. Motivadas pela permissividade da ANTT quanto às inexecuções dos contratos e o acréscimo posterior de obras importantes sem deságio, as empresas são incentivadas a oferecer propostas agressivas nos leilões, a fim de garantir sua entrada no negócio com a perspectiva de compensar posteriormente eventuais perdas, com a execução de obras inseridas via aditivos. Na prática a empresa perde menos com o reequilíbrio das inexecuções contratuais do que ganha com a inserção de novas obrigações na concessão. Pode-se dizer que hoje as principais obras de ampliação do setor em andamento no Brasil ocorrem nas concessões mediante aditivo contratual (sem licitação). Por outro lado, as principais obras, previstas nos contratos de concessão originais, se encontram paralisadas (duplicações, faixas adicionais, contornos *etc.*). O presente trabalho intenta analisar a juridicidade da Resolução ANTT 3.651/11, que regulamenta a inclusão de obras nas concessões de rodovias, e os efeitos da política de inclusão de obras de grande monta, sem licitação e sem desconto, sobre o setor. Dessa forma, a finalidade é levar ao aprofundamento da discussão em relação aos problemas das concessões de rodovias federais (não conhecidos pela sociedade civil) e aos rumos da política de transportes.

Palavras-chave: Fluxo de caixa marginal. Contratação direta de obras. Preço teto do Sistema de Custos Rodoviários (Sicro). Burla ao procedimento licitatório. Condições efetivas da proposta. Regulação pelos custos do serviço.

ABSTRACT

In the midst of the fiscal crisis, governments have been steadily expanding the delegation of federal highways to private enterprise. Provided it promotes service improvement and efficiency, the policy is valid; however, what is observed is that users are not aware of the level of non-performance of investments in concession contracts. In all 21 concessions of federal highways, it is possible to verify relevant levels of delay of works, which, in the most serious cases, reach 100%, according to ANTT's calculation. Against this backdrop, toll rates have been rising above inflation. The tariff increases are explained by the inclusion of large works in the contracts, without bidding and without discount. Motivated by the permissiveness of ANTT regarding the non-performance of the contracts and the subsequent increase of important works without negative goodwill, companies are encouraged to offer aggressive proposals in the auctions, in order to guarantee their entry into the business with the prospect of subsequently compensating eventual losses, with the works carried out via additives. In practice, the company loses less with the rebalancing of contractual non-operations than it does with the insertion of new obligations in the concession. It can be said that today the main works of expansion of the sector in progress in Brazil occur in the concessions through contractual additive (without bidding). On the other hand, the main works, foreseen in the original concession contracts, are paralyzed (duplications, additional bands, contours, etc.). This paper attempts to analyze the legality of Resolution ANTT 3.651/11, which regulates the inclusion of works in highway concessions, and the effects of the policy of inclusion of large works, without bidding and without discount, on the sector. In this way, the purpose is to deepen the discussion regarding the problems of concessions of federal highways (not known by civil society) and the directions of the transport policy.

Keywords: Marginal cash flow. Direct contracting of works. Ceiling price of the Road Costs System (Sicro). Scam to the bidding procedure. Effective conditions of the proposal. Regulation for the costs of the service.

SUMÁRIO

| | |
|---|-----------|
| INTRODUÇÃO..... | 1 |
| PROBLEMA DE PESQUISA | 2 |
| HIPÓTESE..... | 2 |
| OBJETIVOS GERAIS E ESPECÍFICOS..... | 3 |
| METODOLOGIA | 3 |
| DESENVOLVIMENTO | 4 |
| 1. CONCESSÕES RODOVIÁRIAS FEDERAIS..... | 4 |
| 1.1. HISTÓRICO DO PROGRAMA DE DESESTATIZAÇÃO DAS RODOVIAS FEDERAIS | 4 |
| 1.2. O CENÁRIO ATUAL DAS CONCESSÕES DE RODOVIAS FEDERAIS | 5 |
| 2. A JURIDICIDADE E OS INCENTIVOS DA RESOLUÇÃO ANTT 3. 651/11..... | 11 |
| 2.1. PECULIARIDADES DOS CONTRATOS DE CONCESSÃO RODOVIÁRIA | 14 |
| 2.2. DA BURLA AO DEVER DE LICITAR | 19 |
| 2.3. DA NÃO PRESERVAÇÃO DAS CONDIÇÕES CONTRATUAIS DA PROPOSTA | 32 |
| 2.4. DA REGULAÇÃO PELO CUSTO DO SERVIÇO | 40 |
| CONCLUSÃO..... | 46 |
| REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS | 50 |

LISTA DE FIGURAS

| | |
|---|----|
| Figura 1: Índice de inexecução nos contratos da 1ª etapa – 2009/2014..... | 6 |
| Figura 2: Índice de inexecução nos contratos da 2ª etapa – 2009/2014..... | 7 |
| Figura 4: Ciclo de Locupletação Ilícita de Licitações | 27 |

LISTA DE TABELAS

| | |
|--|----|
| Tabela 1: Índice de inexecução nos contratos da 2ª etapa – 2015/2016..... | 7 |
| Tabela 2: Metas e correspondente execução das duplicações nos contratos da 3ª etapa..... | 8 |
| Tabela 3: Evolução Tarifária - 1ª etapa do Programa de Concessões | 9 |
| Tabela 4: Evolução Tarifária - 2ª etapa do Programa de Concessões | 9 |
| Tabela 5: Evolução Tarifária - 3ª etapa do Programa de Concessões | 9 |
| Tabela 6: Novos investimentos em concessões em andamento..... | 22 |

INTRODUÇÃO

As concessões de rodovias se caracterizam pelo longo prazo de vigência dos seus contratos (25 a 30 anos), por vezes com possibilidade de prorrogação por igual prazo. A longa duração dessas avenças implica na reconhecida possibilidade de se inserir unilateralmente, nelas, obras e obrigações que, impossíveis de serem previstas à época do certame, se fazem necessárias para manter o serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, satisfazendo o disposto no art. 6º, *caput* e §1º, da Lei 8.987/95.

Entretanto, a possibilidade de mutação desses contratos não pode implicar a inclusão ilimitada de vultosas obras sem licitação, sob pena de subverter o dever constitucional de licitar e os princípios que obrigam a Administração Pública, mormente a impessoalidade, a moralidade e a eficiência.

Com o argumento da falta de recursos, o governo federal tem delegado às concessionárias a execução de importantes investimentos nas rodovias federais, muitos dos quais representam obras de grande monta que não fizeram parte do processo licitatório. Além da contratação sem licitação, o procedimento dessas obras é regulamentado pela Resolução ANTT 3.651/2011, que estatui que esses empreendimentos serão orçados pelo preço teto dos sistemas de custos oficiais, vale dizer, sem qualquer desconto.

Além disso, pela sistemática adotada, a concessionária é incumbida da elaboração do próprio projeto que executará e será remunerada pelo aumento da tarifa exigida dos usuários. Em outras palavras, a empresa define a solução, a quantifica sem desconto e a Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) transfere a integralidade dos custos aos usuários do serviço.

Ademais, nos 21 contratos de concessão de rodovias federais existentes, podem ser observados significativos índices de inexecução contratual, mormente no que se refere às obras de melhorias e ampliação da capacidade, principais investimentos a serem realizados pelo parceiro privado, o que engloba duplicações das rodovias, construção de faixas adicionais, pistas marginais e obras de arte especiais (viadutos, pontes *etc.*).

Em síntese, existe uma inquietação das empresas pela obtenção de novas obras (não licitadas), ao passo que importantes obrigações originais dos contratos de concessão vêm sendo sistematicamente negligenciadas pelas empresas e pela ANTT, a quem incumbe autorizar projetos e investimentos no âmbito das outorgas estabelecidas, além de fiscalizar a prestação dos serviços e a manutenção dos bens arrendados, cumprindo e fazendo cumprir as

cláusulas e condições avançadas nas outorgas e aplicando penalidades pelo seu descumprimento (incisos IX e VIII do art. 24 da Lei 10.233/2001).

Assim cabe analisar o processo de contratação da Agência sob dois aspectos. O primeiro, quanto a sua aderência ao ordenamento pátrio, notadamente o dever de licitar e os princípios da Administração. Complementarmente, cabe analisar os riscos do modelo, notadamente os incentivos que têm sido colocados às concessionárias e aos potenciais investidores externos.

PROBLEMA DE PESQUISA

O presente trabalho pretende explorar o seguinte problema de pesquisa: Quais as fragilidades legais e regulatórias do processo de contratação de novas obras nas concessões de rodovias federais e quais a suas consequências para o setor?

HIPÓTESE

A atual modelagem de contratação direta de novas obras nas concessões rodoviárias federais, além de afrontar normas constitucionais e legais e os princípios que obrigam a Administração Pública, mormente, a legalidade, a impessoalidade, a moralidade e a eficiência, cria incentivos para um comportamento oportunista dos concessionários que, contando com a permissividade da ANTT para a inclusão de vultosas obras no contrato (sem licitação e sem desconto) e a sua omissão ao exigir o regular cumprimento do contrato, oferecem lances agressivos para ganhar a qualquer custo a licitação da concessão.

Dentro da concessão, estas empresas ganham mais com a inclusão de novas obras do que perdem com a inexecução de obras previstas no contrato original. A sistemática explica a inquietação das empresas por novas obras e o seu descaso pelas obrigações contratuais. Em que pese os significativos níveis de inexecução, as tarifas vêm aumentando acima do valor da inflação para custear a inserção dessas importantes obras sem desconto.

OBJETIVOS GERAIS E ESPECÍFICOS

A partir de uma explanação geral sobre o tema no país, o trabalho avançará na consecução dos objetivos principais, quais sejam, analisar a juridicidade e os efeitos das contratações de obras sem licitação durante a vigência das concessões de rodovias federais.

Para tanto, serão abordados os seguintes objetivos específicos:

- i) Analisar o procedimento da Resolução ANTT 3.651/2011 de contratação e de reequilíbrio de novas obras nas concessões rodoviárias federais à luz da Constituição Federal de 1988, das leis e das boas práticas regulatórias;

METODOLOGIA

No que se refere à metodologia de pesquisa, destaca-se que o trabalho terá um viés predominantemente qualitativo, buscando compreender e descrever detalhes do atual modelo de contratação de novas obras nos contratos de concessão de rodovias em andamento, à luz do ordenamento pátrio e das boas práticas regulatórias.

Quanto às técnicas, serão utilizadas prioritariamente a pesquisa documental e, subsidiariamente, a pesquisa bibliográfica. Inicialmente serão apresentadas as principais características dos contratos de concessão de rodovias e a situação do setor no âmbito federal. Em seguida, serão avaliadas as fragilidades do processo de contratação de novas obras, os incentivos regulatórios colocados aos concessionários e suas consequências para o setor.

DESENVOLVIMENTO

1. CONCESSÕES RODOVIÁRIAS FEDERAIS

1.1. HISTÓRICO DO PROGRAMA DE DESESTATIZAÇÃO DAS RODOVIAS FEDERAIS

Inseridas em um contexto de ajuste estrutural e limitação da crise fiscal, as concessões de rodovias federais estão inseridas em um contexto de desestatização que ocorreu na América Latina e em outros países em desenvolvimento durante a década de 1990.

No Brasil, o Programa de Concessões de Rodovias Federais (Procrofe) foi implementado em três etapas, cada uma com suas peculiaridades, conforme detalhado adiante. As concessões da primeira etapa foram modeladas com taxas internas de retorno (TIR) elevadas, o que refletiu as incertezas econômicas, regulatórias, monetárias e políticas da década de 1990. Num contexto pós redemocratização, dada a necessidade do combate à inflação e a incerteza quanto ao cumprimento dos contratos de longo prazo, essas rodovias foram delegadas mediante taxas de retorno entre 20 e 25% ao ano, o que redundou em elevadas tarifas.

Acrescente-se que esses contratos são marcados pela parca exigência de investimentos pelo parceiro privado, de sorte que a atividade preponderante dessas empresas é a manutenção do pavimento e a operação da rodovia, com a prestação de serviços como socorro médico e mecânico.

Nesta primeira etapa, foram concedidos trechos das seguintes rodovias: BR 116/RJ/SP (Nova Dutra); BR-101/RJ (Ponte); BR-040/MG/RJ (Concer); BR 116/RJ (CRT); BR-290/RS (Concepa); BR-116/293/RS (Ecosul). Destas, a concessão da Ponte Rio Niterói expirou o prazo e foi novamente licitada (contrato celebrado em 18/5/2015).

A segunda etapa do programa ocorreu durante o Governo Lula (2007 e 2008). Num ambiente econômico e político mais favorável, esses trechos foram marcados pela queda acentuada das tarifas e o incremento dos investimentos em obras de ampliação da capacidade, tais como construção de faixas adicionais, vias marginais e contornos urbanos.

Essa etapa abrangeu sete trechos localizados nas regiões Sul e Sudeste, responsáveis pela interligação de algumas das principais cidades do país, como São Paulo/SP, Belo Horizonte/MG e Curitiba/PR, além de eixos logísticos de grande importância: BR-116/PR/SC (AutoPista Planalto Sul); BR 116/376/PR e BR-101/SC (AutoPista Litoral Sul);

BR-116/SP/PR (AutoPista Régis Bittencourt); BR-381/MG/SP (AutoPista Fernão Dias); BR-393/RJ (Rodovia do Aço); BR-101/RJ (AutoPista Fluminense); BR 153/SP (Rodovia Transbrasiliana) e BR-116/324/BA (Via Bahia).

A terceira etapa de concessões rodoviárias foi implementada em 2013, sendo composta pelos seguintes trechos: BR-101/ES/BA (Eco 101); BR-040/DF/GO/MG (Via 040); BR-153/TO/GO (Galvão); BR-050/GO/MG (MGO Rodovias); BR-060/153/262/DF/GO/MG (Concebra); BR-163/MS (MS Via) e BR-163/MT (Rota do Oeste).

Esta rodada de concessões foi marcada pela exigência de investimentos maciços dos parceiros privados, destacando a promessa de duplicação quase que integral dos trechos nos cinco primeiros anos do contrato. Similarmente às concessões da segunda etapa, as empresas vencedoras dos leilões ofertaram deságios agressivos na tarifa teto de pedágio, cujas tarifas são significativamente inferiores às exigidas na primeira etapa do programa, a demonstrar a atratividade do negócio, conforme a percepção das empresas quanto às condições em que estas concessões foram reguladas ao longo dos anos.

Atualmente, a ANTT fiscaliza 21 concessões de rodovias, as quais contemplam 9.969,6 km, ou 15,1% da atual malha federal pavimentada. A política governamental de transferir o controle e a exploração da infraestrutura rodoviária para a iniciativa privada por meio dos contratos de concessão continua em significativa expansão, adicionando novos trechos concedidos, com a expectativa de melhorias na malha viária e na prestação de serviços, o que reforça a necessidade de debater soluções para os problemas vivenciados no setor, conforme se discute a seguir.

1.2. O CENÁRIO ATUAL DAS CONCESSÕES DE RODOVIAS FEDERAIS

Em todas 21 concessões rodoviárias federais, podem ser observados significativos níveis de inadimplemento contratual, principalmente no que se refere aos investimentos. Na contramão dessa situação, as tarifas de pedágio vêm sofrendo acréscimos acima da inflação, em razão da inclusão de relevantes obras nos contratos sem licitação e sem desconto.

Em outras palavras, apesar de os concessionários não executarem boa parte dos investimentos e obrigações inicialmente contratadas, são contemplados com aumentos tarifários que incrementam a rentabilidade do seu negócio. Em prejuízo da União, como ente concedente, e dos usuários, que pagam pelo serviço prestado, obras fundamentais para o

desenvolvimento nacional não saem do papel, o que compromete a segurança viária e o custo do frete dos produtos nacionais.

A população não tem conhecimento destes graves problemas do setor, uma vez que as informações relativas ao descumprimento contratual como regra não são de domínio público. Atualmente, a única forma de publicização dessas questões se dá por meio de decisões do TCU que, incidentalmente, publica em suas deliberações informações levantadas pela ANTT.

Se a omissão de publicização da ANTT já está em contrariedade com o espírito da Constituição e com o dever republicano de transparência e responsabilização, consubstanciado na publicidade dos atos e contratos públicos, a má prestação desse serviço público gera repercussões econômicas e sociais diretas à população, o que torna a omissão ainda mais grave.

Dessa forma, o serviço público não vem sendo prestado de maneira adequada ao pleno atendimento dos usuários e satisfazendo as condições de generalidade, regularidade, segurança, eficiência e modicidade tarifária, conforme dispõe o *caput* e o § 1º do art. 6º da Lei 8.987/95.

A partir de informações levantadas pela própria Autarquia Reguladora, as inexecuções das obrigações contratuais assumidas pelas concessionárias da primeira e segunda etapas de concessões, no tocante às obras de ampliação de capacidade e melhorias, foram apresentadas pelo Tribunal de Contas da União (TCU) nos votos condutores dos Acórdãos 283/2016-Plenário e 943/2016-Plenário, ambos de relatoria do Min. Augusto Nardes:

Figura 1: Índice de inexecução dos investimentos nos contratos da primeira etapa – 2009/2014

| Concessão | Extensão | Etapas | 2009 | 2010 | 2011 | 2012 | 2013 | 2014 |
|--|----------|--------|--------|--------|--------|--------|--------|--------|
| ECOSUL - Empresa Concessionária de Rodovias do Sul S.A. | 427,3 km | 1ª | 12,68% | 18,10% | 27,03% | 0,39% | 2,25% | 7,16% |
| CRT - Concessionária Rio-Teresópolis S.A. | 142,5 km | 1ª | 85,61% | 62,87% | 43,45% | 64,29% | 76,49% | 21,81% |
| CONCEPA - Concessionária da Rodovia Osório Porto Alegre S.A. | 121 km | 1ª | 29,64% | 7,97% | 1,01% | 9,57% | 6,60% | 19,99% |
| NovaDutra - Concessionária da Rodovia Presidente Dutra S.A. | 402 km | 1ª | 58,69% | 27,84% | 33,69% | 71,50% | 32,32% | 15,21% |
| Ponte - Concessionária da Ponte Rio-Niterói S.A. | 13,2 km | 1ª | 24,51% | 34,55% | 6,59% | 18,06% | 5,35% | 6,06% |
| CONCER - Companhia de Concessão Rodoviária Juiz de Fora - Rio S.A. | 180 km | 1ª | 99,61% | 43,95% | 83,23% | 96,67% | 60,27% | 94,22% |

Fonte: Relatório do Acórdão TCU 283/2016-Plenário – baseado nas informações da ANTT.

Figura 2: Índice de inexecução dos investimentos nos contratos da segunda etapa – 2009/2014

| Concessão | Extensão (km) | Etapas | 2009 | 2010 | 2011 | 2012 | 2013 | 2014 |
|---|---------------|--------|--------|--------|---------|--------|--------|---------|
| Acciona Concessões Rodovia do Aço - BR-393/RJ | 200,5 | 2ª | 80,18% | 99,88% | 84,15% | 97,05% | 0,00% | 21,00% |
| Autopista Fernão Dias - BR-381/MG/SP | 562,1 | 2ª | 39,35% | 83,71% | 75,25% | 76,51% | 63,37% | 81,58% |
| Autopista Fluminense - BR-101/RJ | 320,1 | 2ª | 53,61% | 89,43% | 74,64% | 90,32% | 0,00% | 91,41% |
| Autopista Litoral Sul - BR-116/376/PR e BR-101/SC | 405,9 | 2ª | 12,96% | 90,00% | 84,80% | 91,30% | 28,80% | 57,80% |
| Autopista Planalto Sul - BR-116/PR/SC | 412,7 | 2ª | 0,00% | 44,00% | 71,80% | 64,00% | 62,00% | 52,00% |
| Autopista Regis Bitencourt - BR-116/SP/PR | 401,6 | 2ª | 18,27% | 87,41% | 77,00% | 80,63% | 76,00% | 61,00% |
| ViaBahia - BR-324/BA e BR-116/BA | 652,1 | 2ª | - | - | 100,00% | 91,06% | 88,90% | 100,00% |
| Transbrasiliana Concessionária de Rodovia - BR-153/SP | 321,6 | 2ª | 55,13% | 89,00% | 96,46% | 86,64% | 0,00% | 100,00% |

Fonte: Relatório do Acórdão TCU 283/2016-Plenário –baseado nas informações da ANTT.

A situação não se alterou desde então, conforme levantamento realizado pela ANTT, relativas ao último ano de sete contratos da primeira e da segunda etapas do programa de concessões federais:

Tabela 1: Índice de inexecução dos investimentos nos contratos da segunda etapa – 2015/2016

| Rodovia | Investimentos não realizados | Índice de inexecução |
|---------------------|------------------------------|----------------------|
| BR-381/MG | R\$ 87.756.936,27 | 95,56% |
| BR-101/RJ | R\$ 304.107.854,58 | 75,65% |
| BR-116/RJ | R\$ 53.088.213,58 | 100% |
| BR-153/SP | R\$ 21.642.511,19 | 100% |
| BR-116/RS BR-392/RS | R\$ 17.233.683,10 | 83,38% |
| BR 116/324/BA | R\$ 133.307.083,42 | 78,05% |
| BR-040/RJ/MG | R\$ 52.268.664,13 | 98,53% |
| Total | R\$ 669.404.946 | |

Fonte: Elaboração própria a partir do Acórdão TCU 2.147/2017 e de informações da ANTT.

Quanto às concessões da terceira etapa do programa, estas foram licitadas sem plano de negócios, o que impossibilita a aferição exata das inexecuções dos investimentos. O plano de negócios é o documentado apresentado por cada licitante que discrimina os custos de cada uma das rubricas dos serviços e obras que deverá executar.

Todavia, é possível comparar as metas¹ de duplicação previstas em cada um desses contratos e seus respectivos anexos com a extensão efetivamente duplicada, atestada pelos

¹ Os contratos e o Programa de Exploração da Rodovia (anexo do contrato) podem ser achados no seguinte sítio eletrônico: http://www.antt.gov.br/rodovias/Concessoes_Rodoviaras.html

relatórios públicos de avaliação da ANTT². As duplicações constituem as principais obrigações das concessionárias dessa etapa em termos de obras, de sorte que constituem um parâmetro razoável para aferir o nível de execução contratual de investimentos dessas empresas.

A tabela a seguir compara as metas anuais e seus respectivos percentuais em relação à meta total de duplicação com a extensão efetivamente duplicada para cada uma das concessões da 3ª etapa do programa:

Tabela 2: Metas e correspondente execução das duplicações nos contratos da terceira etapa

| Rodovia | Meta 2015 | Meta 2016 | Meta 2017 | Meta 2018 | Meta Total | Duplicação Executada |
|-------------------------|---------------|---------------|---------------|---------------|------------|----------------------|
| BR-050/MG | 35km -16% | 52,4km - 24% | 74,3km - 34% | 56,8km - 26% | 218km | 91km-42% |
| BR-060/153/262-GO/DF/MG | 103,6km - 16% | 155,5km - 24% | 220,3km -34% | 168,4km - 26% | 648km | 68km-10% |
| BR-163/MT | 72,6km - 16% | 108,9km - 24% | 154,2km - 34% | 117,9km - 26% | 454km | 118km-26% |
| BR-163/MS | 129km -16% | 194km - 24% | 274 km - 34% | 210km - 26% | 806km | 139km-17% |
| BR-101/ES/BA* | 0 | 19km - 5% | 39km - 9% | 39% - 9% | 97km | 0 |
| BR-040-GO/DF/MG | 109km – 20% | 149km– 26,8% | 149km– 26,8% | 149km– 26,8% | 557km | 60km-10% |

* Esta concessão possui metas diferenciadas de duplicação, espalhadas durante a vigência do contrato. Para não poluir a tabela, optou-se por colocar apenas as metas já vencidas. Fonte: ANTT. Elaboração própria.

A partir dos relatórios de acompanhamentos de obras, pode-se verificar que além das duplicações não estarem sendo executadas conforme preceituado nos contratos, à exceção da BR-050/MG, tais duplicações foram paralisadas pelas empresas. Na BR-101/ES/BA, pode-se dizer que as duplicações sequer se iniciaram.

Cabe frisar que, à exceção do contrato da BR-101/ES/BA, os contratos impunham como condição para o início de cobrança do pedágio a duplicação de 10% da meta total. Como pode ser verificado na tabela acima, as empresas duplicaram as rodovias para iniciar a cobrança do pedágio e praticamente pararam em seguida. No caso da BR-050/MG e BR-040/DF/GO/MG, as empresas duplicaram apenas os 10% exigidos para a cobrança.

Por último, optou-se em nem fazer menção na tabela acima ao trecho da BR-153. Licitada na terceira etapa do programa e administrada pela Concessionária Galvão, esta concessão representa um caso extremo de inexecução contratual, tendo, inclusive, sido declarada a sua caducidade pelo Poder Concedente em 2017 – primeira vez que isso ocorreu.

As empresas têm justificado a inexecução de investimentos pela crise econômica (queda do tráfego), a falta de financiamento do BNDES e o aumento de insumos do asfalto. Tais

² Os relatórios de acompanhamento das principais obras podem ser achados no seguinte sítio eletrônico: http://www.antt.gov.br/rodovias/Relatorios/Relatorios_Acompanhamento_Obras.html

argumentos não devem prosperar, porém, uma vez que tais riscos, inerentes à delegação do serviço via concessão, são das próprias empresas, conforme estabelecido na matriz de risco dos contratos.

Em que pese o não cumprimento generalizado das obrigações dos contratos de concessão, as tarifas têm sofrido sucessivos acréscimos. As tabelas a seguir apresentam comparativo da evolução tarifária com a inflação acumulada desde o início de cada concessão.

Tabela 3: Evolução Tarifária - primeira etapa do Programa de Concessões

| Rodovia | Variação da tarifa (%) | Inflação acumulada (%) | Variação tarifária / inflação |
|--------------------------|------------------------|------------------------|-------------------------------|
| BR-040/MG/RJ (Concer) | 520,9 | 378,0 | 1,4 |
| BR-290/RS (Concepa) | 662,6 | 383,4 | 1,7 |
| BR-116/RJ/SP (NovaDutra) | 482,5 | 408,2 | 1,2 |
| BR-116/392/RS (Ecosul) | 481,8 | 280,8 | 1,7 |
| BR-116/RJ/SP (CRT) | 617,7 | 407,6 | 1,5 |

Fonte: ANTT. Elaboração SeinfraRodoviaAviação/TCU

Tabela 4: Evolução Tarifária - segunda etapa do Programa de Concessões

| Rodovia | Variação da tarifa (%) | Inflação acumulada (%) | Variação tarifária/inflação |
|------------------------------------|------------------------|------------------------|-----------------------------|
| BR-116/PR/SC (Planalto Sul) | 206,7 | 165,0 | 1,3 |
| BR-116/376/101/PR/SC (Litoral Sul) | 205,0 | 170,0 | 1,2 |
| BR-116/SP/PR (Régis Bittencourt) | 204,3 | 165,0 | 1,2 |
| BR-381/MG/SP (Fernão Dias) | 194,1 | 158,6 | 1,2 |
| BR-101/RJ (Fluminense) | 183,8 | 156,3 | 1,2 |
| BR-153/SP (Transbrasiliana) | 181,4 | 165,0 | 1,1 |
| BR-393/RJ (Rodovia do Aço) | 187,2 | 157,7 | 1,2 |
| BR-116/324/BA (Via Bahia) | 160,8 | 189,2 | 0,8 |

Fonte: ANTT. Elaboração SeinfraRodoviaAviação/TCU

Tabela 5: Evolução Tarifária - terceira etapa do Programa de Concessões

| Rodovia | Variação da tarifa (%) | Inflação acumulada (%) | Variação da tarifa/inflação |
|------------------------------|------------------------|------------------------|-----------------------------|
| BR-101/ES/BA (Eco 101) | 142,9 | 140,2 | 1,0 |
| BR-050/MG (MGO) | 119,1 | 133,3 | 0,9 |
| BR-060/153/262/GO (Concebra) | 139,1 | 165,9 | 0,8 |
| BR-163/MT (CRO) | 192,2 | 171,2 | 1,1 |
| BR-163/MS (MS Via) | 142,2 | 172,3 | 0,8 |
| BR-040/DF/GO/MG | 144,3 | 132,4 | 1,1 |
| BR-101/RJ (Ecoponte) | 109,5 | 108,1 | 1,0 |

Fonte: ANTT. Elaboração SeinfraRodoviaAviação/TCU

Pode-se observar que, em que pese a inexecução sistemática de investimentos, as tarifas não sofreram reduções significativas, tendo havido em muitos casos crescimento acima da

inflação. Todas as concessões da primeira etapa tiveram crescimento da tarifa acima do IPCA acumulado, destacando-se o caso da Concepa e da CRT, cujas tarifas subiram 70% além da inflação acumulada no período. Apesar dos níveis de inexecução altíssimos na segunda etapa, apenas na concessão da BR-116/324/BA verificou-se crescimento tarifário inferior à inflação. Quanto aos contratos da terceira etapa, a paralisação das duplicações não impediu o aumento das tarifas, de sorte que em apenas três contratos o crescimento tarifário se deu abaixo do IPCA acumulado.

Fica evidente, portanto, a existência de um descompasso entre as tarifas exigidas dos usuários e o serviço que vêm sendo prestando pelos concessionários, o que explicita um enriquecimento ilícito das empresas às custas dos usuários e em detrimento do interesse público.

Como exposto, o objetivo deste trabalho é relacionar os graves problemas vivenciados no setor com a política regulatória da ANTT e do Poder Concedente de inserir vultosas obras, sem licitação e sem desconto, nos contratos de concessão. Nesse sentido, o Programa de Investimento em Logística (PIL 2015)³ previu **R\$ 15,3 bilhões** em novos investimentos nas concessões em andamento entre 2015 e 2018.

A par dessas premissas, pode-se dizer que as principais obras de infraestrutura rodoviária do país vêm sendo realizadas à margem de qualquer processo competitivo e a partir de um modelo que cria situações propícias a desvios.

Foi o que foi verificado pelo Tribunal de Contas da União ao auditar, **pela primeira vez**, uma obra em uma concessão de rodovias que foi contratada sem licitação, no final da vigência do contrato de concessão. Na oportunidade, foram avaliadas as obras denominadas ‘Nova Subida da Serra’, na região de Petrópolis/RJ, na BR-040/MG/RJ, trecho administrado pela Concessionária Concer, do grupo Triunfo Participações S/A. Conforme a Corte de Contas, apurou-se o equivalente a **R\$ 425,142 milhões** (ref. a dez/17) entre superfaturamento/sobrepçoço, significativas deficiências no projeto executivo e uma inserção de prorrogação do contrato que não fora prevista no edital e no contrato original. Atualmente, esta importante obra encontra-se paralisada e sem perspectiva de retomada no curto prazo (Acórdãos TCU 18/2017 e 738/2017, ambos do Plenário).

Após as irregularidades do caso acima, realizou-se auditoria nas obras de construção da quarta faixa na BR-290/RS, trecho administrado pela Concepa. A obra também foi pactuada

³ Programa de Investimento em Logística 2015, cuja apresentação do programa com as metas de investimentos podem ser achadas no seguinte sítio eletrônico:
http://www.cmic.org.mx/cmic/oportunidadesNegocio/eventoPromexico/ProgramaInvestimentoLog%C3%ADstica_2016.pdf

ao final do contrato de concessão, mediante pagamento por meio de recursos públicos, os quais foram realizados no montante de R\$ 241 milhões. A unidade instrutiva do TCU apontou um potencial superfaturamento de **R\$ 97,535 milhões** (ref. a dez/17) e recomendou, com êxito, ao Congresso Nacional, a suspensão de qualquer novo pagamento⁴.

Cabe frisar que, ao contrário das demais obras nas concessões que são remuneradas pelo aumento das tarifas, previu-se que as duas obras citadas seriam remuneradas alternativamente por meio do aporte de recursos públicos ou da prorrogação do contrato de concessão que sequer foi prevista no contrato original e no edital de licitação dessas concessões.

Com efeito, o fato de terem sido empregados diretamente recursos públicos favoreceu a auditoria do Tribunal. Todavia, nos demais casos, por movimentarem recursos que não são considerados públicos (tarifas), a atuação do TCU, apesar de possível, fica mais restrita e limitada, o que deve servir como alerta a potenciais e significativos desvios praticados com recursos provenientes dos usuários.

Como exposto, o presente trabalho parte da hipótese de que a atual modelagem da política de inclusão de obras nas concessões de rodovias, prevista pela Resolução ANTT 3.651/11, além de ilegal e de afrontar os princípios da Administração Pública, cria incentivos para um comportamento oportunista dos concessionários.

Dessa forma, passa-se à análise da juridicidade da referida Resolução.

2. A JURIDICIDADE E OS INCENTIVOS DA RESOLUÇÃO ANTT 3. 651/2011

A inclusão de novas obras nas concessões de rodoviárias federais é regulamentada pela Resolução ANTT 3.651/11, que trata da denominada metodologia do fluxo de caixa marginal.

O termo “fluxo de caixa marginal” decorre do fato de que a inclusão de novos investimentos no contrato ocorre em um fluxo de caixa a parte, diferente do “fluxo de caixa original” da concessão.

Assim, a ANTT calcula a tarifa final das empresas a partir da soma da tarifa do fluxo de caixa original com a tarifa marginal, fluxo marginal esse que possui taxa de retorno aderente à realidade econômica presente e só é utilizado para remunerar novas obrigações contratuais, vale dizer, obrigações que não foram previstas no contrato original e no edital que licitou o trecho concedido.

⁴ Conforme o anexo VI da Lei Orçamentária Anual de 2018 – subtítulo relativo às obras e serviços com indícios de irregularidades graves – IGP – 2017, que pode ser baixada no seguinte endereço eletrônico: <http://www.camara.leg.br/internet/comissao/index/mista/orca/orcamento/or2018/lei/ANL13587.pdf>

O uso da metodologia para inclusão de obras surgiu após determinações do Tribunal de Contas da União (Acórdão 2.927/2011):

9.1. determinar à Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT, com fulcro no art. 43, inciso I, da Lei nº 8.443, de 1992, referente aos contratos de concessão celebrados com a Concessionária da Rodovia Presidente Dutra (NovaDutra), Companhia de Concessão Rodoviária Juiz de Fora-Rio (Concer), Concessionária Rio-Terezópolis S.A. (CRT), Concessionária da Ponte Rio-Niterói S.A. (Ponte) e Concessionária da Rodovia Osório-Porto Alegre (Concepa), que:

9.1.1. adote, nas recomposições do equilíbrio econômico-financeiro desses contratos, a metodologia aprovada na Resolução ANTT 3.651/2011, ou outra que entender mais adequada, para os eventos decorrentes de inserções de investimentos não previstos originalmente nos encargos das concessionárias, e do remanejamento ou adequação, com aumento de valor, de investimentos previstos originalmente, assegurando a todos os interessados o direito de manifestação, mediante audiências e/ou consultas públicas, com base nos art. 6º, § 1º, 9º, § 2º, 23, inciso IV, e 29, inciso V, da Lei 8.987/1995 c/c art. 6º, inciso IX, 40, inciso X, e 43, inciso IV, da Lei 8.666/1993, e em conformidade com o art. 24, inciso VII, da Lei 10.233/2001

A preocupação do Tribunal à época era de que obras que vinham sendo inseridas nos contratos de concessão da primeira etapa estavam sendo remuneradas a partir das mesmas taxas de retorno do contrato de concessão, estabelecidas vários anos antes e sem correspondência com a realidade, o que, na prática, onerava indevidamente os usuários do serviço.

Como explicado, devido ao ineditismo das concessões e os riscos políticos e monetários do país no período em que estes trechos foram licitados, as concessões da primeira etapa foram licitadas mediante elevadas taxas de retorno (20 a 25%), de forma a tornar o negócio minimamente atrativo para a iniciativa privada. Para se ter uma ideia do disparate praticado, as concessões atuais vêm sendo licitadas a partir de taxas de retorno da ordem de 8% ao ano.

Com o passar dos anos, a situação do país melhorou, a estabilidade da moeda, aliada à segurança no cumprimento dos contratos de longo prazo, e a um ambiente institucional mais bem estabelecido levou à alteração do cenário existente. Assim, a utilização da mesma taxa da década de 90 para a inclusão de novas intervenções não retratava a realidade do país e, conseqüentemente, onerava indevidamente a tarifa e os usuários do serviço. Dessa forma, intentou-se submeter a inclusão de pequenas obras, tais como a instalação de novas passarelas e dispositivos de segurança, às condições econômicas e políticas atuais.

A partir disso, cabem algumas considerações.

Primeiramente, a metodologia do fluxo de caixa marginal se aplica, exclusivamente, para novas obrigações contratuais, não previstas na licitação da concessão. O risco é o

elemento inerente às concessões de serviços públicos, de forma que reduzir ou aumentar a taxa de retorno das obrigações do contrato original caracteriza verdadeira quebra do contrato. Assim, cabem aos concessionários os benefícios de uma situação econômica mais favorável durante a vigência do contrato, bem como é sua obrigação manter a prestação do serviço adequado a partir da mesma taxa de retorno caso a situação se deteriore.

Em segundo, a metodologia do fluxo de caixa marginal (FCM) é uma via de mão dupla. Da mesma forma que protege os usuários na inclusão de novas intervenções a partir de taxas de retorno menores em situações de calma política e bonança econômica, também protege os concessionários na situação inversa, em que a situação piora em relação ao momento em que o contrato foi adjudicado. Assim, não é razoável exigir que o concessionário execute obrigações pelas quais não previu e não precificou na licitação da concessão, a partir de taxas de retorno não aderentes aos riscos atuais.

Por último, como explicado, o TCU, à época, tentou impor taxas de retorno aderentes à realidade para a inclusão de ‘pequenas’ intervenções nos contratos, tais como a construção de passarelas, retornos e dispositivos de segurança. Como será explicado a seguir, os contratos de concessão são contratos de longo prazo, de sorte que é impossível ao Poder Concedente prever todas as necessidades dos usuários ao longo de 30 anos de prestação de serviço.

O tráfego de veículos e os centros urbanos podem aumentar além do previsto; de igual modo, determinados trechos podem se tornar perigosos, de sorte que não só é desejável, como mandatório que o regulador adapte o contrato de concessão de maneira a garantir a prestação do serviço adequado, satisfazendo as condições de atualidade, regularidade e segurança.

Todavia a partir de 2014, a ANTT e o Ministério dos Transportes vêm utilizando a metodologia do fluxo de caixa marginal para inserir vultosas obras nos contratos de concessão (vide Tabela 6 adiante), de maneira a descaracterizar não só o que foi determinado pelo TCU como também o próprio objeto da concessão, de maneira a comprometer a segurança jurídica do setor, aspecto fundamental para a entrada de novos investidores em contratos de longo prazo que demandam intensivos investimentos de capital, como é o caso dos de infraestrutura.

Além da relativização de importantes dispositivos constitucionais (dever de licitar e os princípios da Administração), a norma da ANTT traz as prescrições a seguir:

Art. 3º Para fins de determinação dos fluxos dos dispêndios marginais serão utilizados os critérios definidos nos incisos I e II a seguir para definir o valor das obras e serviços resultantes do evento que deu causa ao reequilíbrio.

I - O valor das obras e/ou serviços deverá ser proposto pela concessionária, conforme previsto em Resolução, **mediante apresentação de orçamento elaborado com base na composição de custos do Sistema de Custos Rodoviários – SICRO**, sob gestão do Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes – DNIT.

[destaque inserido]

Pelo exposto, dada a impossibilidade de “simular” um ambiente concorrencial, a metodologia prevê que os custos das obras serão levantados pelo ‘preço teto’ dos sistemas de custos oficiais, no caso das rodovias, o Sicro – Sistema de Custos Rodoviários. Na prática isso significa transferir aos usuários o custo dessas importantes obras sem qualquer desconto.

Quando o poder público almeja executar uma obra pública, a partir dos projetos, “estima” o valor da obra com base no Sicro. Na licitação, cada um dos interessados oferece deságios ao preço teto estipulado e, assim, ganha o licitante que ofertar o maior deságio.

Pela sistemática, o concessionário executa as mesmas obras pelo preço teto dos sistemas de referência. A ANTT estabeleceu ainda uma ‘remuneração adicional’ às empresas, qual seja, uma taxa de administração de 6,24% no § 9º do art. 3º da Resolução 3.651/11:

As Concessionárias de rodovias federais fazem jus à remuneração dos custos administrativos para novas obras e serviços a serem inseridos no Fluxo de Caixa Marginal, com base na taxa de remuneração de 6,24% (seis inteiros e vinte e quatro centésimos por cento).

Estes aspectos implicam que uma obra executada dentro de uma concessão de rodovias, que deveria ser considerada um exemplo de eficiência, **custará necessariamente mais que uma obra pública idêntica** contratada pelo poder público via processo licitatório.

Como exposto acima, a Resolução estabelece ainda que a própria concessionária elaborará os projetos das obras que executará posteriormente, o que por si só embute uma significativa assimetria de informação e risco de desvios. Cabe lembrar que quanto maior o custo previsto da obra, maior será o acréscimo tarifário e, portanto, maior será o ganho econômico dessas empresas.

2.1. PECULIARIDADES DOS CONTRATOS DE CONCESSÃO RODOVIÁRIA

Os contratos de concessão de exploração de infraestrutura rodoviária possuem particularidades e especificidades em relação aos demais contratos públicos, sobretudo os contratos administrativos que não se caracterizam como concessão comum, patrocinada ou administrativa e que, nos termos do art. 3º, § 3º, da Lei 11.079/04, são regidos exclusivamente pela Lei 8.666/93.

A compreensão destas particularidades é fundamental para compreender a maneira que a leis relacionadas às concessões rodoviárias devem ser interpretadas de forma a harmonizar o dever de licitar com a prestação do serviço adequado e eficiente.

Segundo Luis Roberto Barroso⁵, os contratos de concessão rodoviária apresentam três particularidades que merecem destaque. A primeira particularidade é a **complexidade do objeto**. Este envolve diversas frentes de atividades no sistema rodoviário⁶, como: recuperação e manutenção⁷; conservação⁸, serviços operacionais⁹, ampliação de capacidade e manutenção de nível de serviço.

Em relação a esta última, encontram-se os investimentos de ampliação da capacidade da rodovia: obras e serviços de duplicação, implantação de vias marginais, viadutos e passagens, trevos, correções de traçado, passarelas e melhorias em acessos, de modo que os principais investimentos a serem executados estão nesta frente.

A segunda particularidade envolve os **longos prazos** dos contratos de concessão rodoviária. Nas concessões leiloadas na terceira etapa do programa de concessões federais, os contratos preveem 30 anos de duração e a possibilidade de prorrogação por igual prazo. A longa duração decorre dos vultosos investimentos a serem realizados.

⁵ BARROSO, Luís Roberto. O contrato de concessão de rodovias: particularidades, alteração e recomposição do equilíbrio econômico-financeiro. Revista de Direito da Procuradoria Geral, Rio de Janeiro, p. 186-215, 2012. Edição especial.

⁶ A título de explicação, a ANTT descreveu nos contratos de concessão da 3ª etapa: “O Sistema Rodoviário objeto da Concessão compreende trecho de 850,9 km, sendo 822,8 km na BR 163 e 28,1 km na MT 407 (...) incluindo os elementos integrantes da faixa de domínio, além de acessos e alças, edificações e terrenos, pistas centrais, laterais, marginais ou locais ligadas diretamente ou por dispositivos de interconexão com a rodovia, acostamentos, obras de arte especiais e quaisquer outros elementos que se encontrem nos limites da faixa de domínio, bem como pelas áreas ocupadas com instalações operacionais e administrativas relacionadas à Concessão”. http://www.antt.gov.br/backend/galeria/arquivos/PER_atualizado_CRO.pdf

⁷ Segundo definição da ANTT, utilizada nos contratos de concessão da 3ª etapa é: a. recuperação – “conjunto de obras e serviços de recuperação do trecho concedido, imprescindíveis à operação do Sistema Rodoviário e aquelas de cunho estrutural nos pavimentos e melhorias funcionais e operacionais nos demais elementos do Sistema Rodoviário”; b. Manutenção – “conjunto de obras e serviços de recomposição e aprimoramento das características técnicas e operacionais do Sistema Rodoviário”.

http://www.antt.gov.br/backend/galeria/arquivos/PER_atualizado_CRO.pdf

⁸ Segundo definição da ANTT, utilizada nos contratos de concessão de concessão da 3ª etapa é: “conjunto de operações preventivas, rotineiras e de emergência realizadas com o objetivo de preservar as características técnicas e físico-operacionais do Sistema Rodoviário e das instalações da Concessionária”.

http://www.antt.gov.br/backend/galeria/arquivos/PER_atualizado_CRO.pdf

⁹ Segundo definição da ANTT, utilizada nos contratos de concessão mais recentes, a exemplo da BR-163/MT é: “implantação e operacionalização das seguintes infraestruturas e serviços: (i) Centro de Controle Operacional; (ii) Equipamentos e Veículos da Administração; (iii) Sistemas de Controle de Tráfego; (iv) Sistemas de Atendimento ao Usuário; (v) Sistemas de Pedágio e controle de arrecadação; (vi) Sistema de Comunicação; (vii) Sistema de Pesagem; (viii) Sistema de Guarda e Vigilância Patrimonial, bem como execução da reforma dos postos da PRF”. http://www.antt.gov.br/backend/galeria/arquivos/PER_atualizado_CRO.pdf

Para garantir a remuneração de todos os investimentos e manter a modicidade tarifária, estes investimentos precisam ser amortizados em longos prazos. Do contrário, decorreriam duas possíveis alternativas para viabilizar a concessão em prazos menores:

- a. tarifas mais elevadas; ou
- b. aportes de recursos públicos.

A alternativa “a”, pode alijar usuários menos favorecidos economicamente da fruição do serviço público, indo de encontro aos princípios da generalidade e da modicidade tarifária previstos no § 1º do art. 6º da Lei 8.987/95. Ademais, tarifas elevadas encarecem o custo do frete e, por consequência, a competitividade dos produtos nacionais.

A alternativa “b” caracteriza uma Parceria Público Privada (PPP). Todavia, implica uma série de restrições e exigências previstas na Lei 11.079/04, especialmente, as relacionadas à responsabilidade da gestão fiscal (art. 10, incisos II, III, IV e V da Lei 11.079/04). Em suma, implica o comprometimento fiscal do ente federado e a consequente redução da sua capacidade de empregar os recursos públicos em outras políticas públicas (saúde, educação etc.).

Desse modo, o longo prazo das concessões rodoviárias constitui mecanismo para garantir a modicidade tarifária, a fruição do serviço por amplos setores da sociedade e a possibilidade de o Poder Concedente aplicar seus recursos em outras searas. Consequentemente, os longos prazos repercutem sobre a necessidade de realização de novos investimentos e de adequações contratuais.

A terceira particularidade envolve a **especial relação entre concessionário e usuários**. Nos contratos administrativos clássicos, regidos pela Lei 8.666/93, a relação do particular contratado com o contribuinte é apenas indireta, vale dizer, o contratado executa uma obra ou fornece um bem ou serviço e recebe em troca, da Administração Pública, uma contraprestação pecuniária. Nessas circunstâncias, os cidadãos suportam a remuneração da contratação apenas de maneira indireta, via tributos, e de maneira diluída, uma vez que os gastos são custeados por toda a base de contribuintes (beneficiários diretos ou não da contratação).

No caso de uma concessão de serviços públicos, a sistemática é diferente. Em primeiro lugar, o destinatário imediato dos serviços desenvolvidos pelo concessionário é o usuário, e não a Administração Pública¹⁰. Em segundo lugar, os usuários arcam, diretamente, por meio

¹⁰ Floriano Marques Neto, Concessão de serviços públicos e prestação de serviços de interesse coletivo: Diferença de regimes jurídicos, Boletim de Direito Administrativo 4:279,2000: “Em primeiro lugar, na concessão o tomador do serviço prestado não é a Administração, mas o indivíduo administrado, o usuário. Temos daí que, em regra, no regime de concessão o serviço prestado pelo particular é tomado e usufruído direta e plenamente pelo cidadão”.

das tarifas, com os custos dos serviços públicos prestados. Este aspecto torna os custos mais onerosos para um número reduzido de cidadãos (apenas os usuários), repercutindo, de maneira direta e significativa, sobre as expectativas e interesses econômicos e sociais de determinados e específicos setores da sociedade.

Assim, um aspecto fundamental de uma concessão rodoviária, e de qualquer concessão de serviços públicos, é o interesse dos usuários, que deve ser levado em consideração de forma bastante especial na interpretação das disciplinas aplicáveis à delegação do serviço¹¹.

Diante das particularidades dos contratos de concessão rodoviária, é interessante sintetizar tudo em um conjunto de relações de causa e efeito. Por sua natureza, esses contratos possuem objeto complexo. Entre os fatores que acarretam a complexidade do objeto estão os vultosos investimentos exigidos do parceiro privado. Para viabilizar a exploração da atividade pela iniciativa privada e proporcionar tarifas módicas, os contratos de concessão rodoviária possuem longa duração – variando de 20 a 30 anos. A longa duração dos contratos enseja algum tipo de adequação do objeto do contrato ao longo dos anos para garantir a prestação do serviço adequado¹², a tutela dos interesses dos usuários e a expansão do serviço¹³.

Quanto a este último aspecto, faz-se interessante transcrever o art. 6º da Lei 8.987/95, que dispõe sobre o interesse dos usuários e o serviço adequado:

Art. 6º Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de **serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários**, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato.

¹¹ Flávio Amaral Garcia, Aspectos jurídicos na cobrança antecipada de pedágio nas concessões públicas de rodovias, Boletim de Direito Administrativo 3: 404, 2003: “Não obstante o contrato de concessão ser celebrado entre duas partes (poder concedente e concessionário), os seus efeitos repercutem na esfera de direito de terceiros (usuários). Ao contrário do que ocorre nos demais contratos administrativos, em que existe dispêndio de recursos públicos para o atendimento de determinado interesse público, nas concessões o investimento é efetivado pelo concessionário particular, que obtém o ressarcimento do que foi aplicado, além do lucro – objetivo que persegue – por meio das tarifas cobradas aos usuários”.

¹² V. Mauro Roberto Gomes de Mattos, O contrato administrativo, 2002, p. 219: “Nesse conceito (serviço adequado), também a necessidade de modernização das técnicas, dos equipamentos e das instalações, bem como a melhoria e expansão do serviço (art. 6º, §2º). A expansão do serviço em determinados casos é imperiosa, pois a atualidade e modernidade não permitem a estagnação do serviço, que com o passar do tempo tem que se adequar às necessidades dos usuários. É claro que a expansão não poderá desnaturar a concessão obtida através da concorrência pública, ou seja, ela não poderá revelar um serviço novo, que deveria ser submetido a nova licitação. Note-se que a expansão do serviço deverá ser implementada sempre que houver necessidade e previsão do edital e no contrato formado”.

¹³ V., por todos, Marçal Justen Filho, Teoria geral das concessões de serviço público, 2003, p. 306: “Atualidade relaciona-se com outro ângulo do conceito de eficiência. Dentro de certos limites, um serviço pode ser eficiente ainda que não seja moderno. Haverá um certo ponto de ruptura entre ausência de modernidade e eficiência. As necessidades dos usuários podem ser atendidas satisfatoriamente por meio de serviços prestados segundo técnicas ultrapassadas pela evolução científica. Mas a manutenção das técnicas anteriores, diante de contínuas inovações da ciência, tenderá a produzir ineficiência. O progresso tecnológico produz redução de custos e de tempo e ampliação de utilidades ofertáveis ao público. Mais ainda, de novas necessidades. Portanto, não adotar novas técnicas significa desatender às necessidades a ela relacionadas”.

§1º Serviço adequado é o que satisfaz as condições de **regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.**

§ 2º A atualidade compreende a **modernidade das técnicas, do equipamento e das instalações e a sua conservação, bem como a melhoria e expansão do serviço.**

[destaque inserido]

Nesse contexto, ao longo de uma concessão rodoviária é comum que surjam demandas e necessidades que não existiam no momento do planejamento da delegação do serviço, fazendo com que sejam necessários novos investimentos e adequações do contrato.

A título de exemplo, no caso do crescimento excessivo do fluxo de veículos, para garantir a segurança dos usuários e os níveis adequados de tráfego, pode ser interessante a expansão do sistema rodoviário por meio da implantação de faixas adicionais, da construção de contornos ou de vias marginais. Similarmente, no caso do crescimento excessivo de uma zona urbana e do consequente surgimento de rotas de fuga, para tutelar a viabilidade da concessão, pode ser necessário o deslocamento de uma praça de pedágio. Ou, diante do crescimento do número de acidentes, a execução de obras como passarelas, mudanças de traçado, instalação de sistemas de segurança e outras. Com efeito, seria impossível listar com precisão todos os investimentos necessários ao longo de todo o prazo da concessão.

É bem verdade que muitas dessas ocorrências poderiam ser mitigadas com a definição, de maneira clara, dos parâmetros de desempenho¹⁴ da rodovia e de um conveniente compartilhamento de riscos e responsabilidades, previstos de maneira explícita, clara e objetiva no contrato. É o caso da previsão contratual de gatilho¹⁵ e da matriz de risco¹⁶, que contempla os principais riscos e seus responsáveis. Todavia, seria impossível ao Poder Concedente prever todas as ocorrências durante a vigência de um contrato de tão longo prazo.

¹⁴ Segundo definição da ANTT, utilizada nos contratos da 3ª etapa, são “indicadores estabelecidos no Contrato e no PER que expressam as condições mínimas de qualidade e quantidade do Sistema Rodoviário que devem ser implantadas e mantidas durante todo o Prazo da Concessão”.

http://www.antt.gov.br/backend/galeria/arquivos/PER_atualizado_CRO.pdf

¹⁵ Segundo definição da ANTT, utilizada nos contratos de concessão mais recentes, a exemplo da BR-163/MT é “As obras condicionadas ao volume de tráfego são aquelas constantes do item Obras de Manutenção de Nível de Serviço - Obras de Capacidade condicionadas ao volume de tráfego, do PER, e correspondem as obras e serviços de ampliação da capacidade do Sistema Rodoviário cuja execução dependerá do volume de tráfego, na forma deste Contrato e do PER”. http://www.antt.gov.br/backend/galeria/arquivos/PER_atualizado_CRO.pdf

¹⁶ Ribeiro, Mauricio Portugal, Concessões e PPPs – Melhores Práticas em Licitações e Contratos, Editora Atlas, p. 79: “Todo contrato veicula explícita ou implicitamente uma matriz de riscos. Ela é explícita quando claramente o contrato distribui os riscos entre as partes e estabelece os mecanismos para sua mitigação. Ela é implícita quando não há uma distribuição clara de riscos no contrato e se torna indispensável, por exemplo, recorrer à lei ou a outras fontes para saber qual é a exata distribuição dos riscos entre as partes”.

Por todo o exposto, aos contratos de concessão rodoviários se aplica o atributo da **mutabilidade**¹⁷, que pode ser definido como o poder-dever conferido à Administração Pública de alterar o objeto do contrato ou as condições de sua execução por razões afetas ao interesse dos usuários do serviço.

Por outro extremo, a prerrogativa concedida ao administrador público de promover a inserção de novos investimentos nas concessões rodoviárias não pode descaracterizar o objeto do contrato, frustrar o procedimento licitatório, comprometer a segurança jurídica e a competição do setor, nem resultar em obras ineficientes e dispendiosas aos usuários.

2.2. DA BURLA AO DEVER DE LICITAR

Além da busca pela proposta mais vantajosa para a Administração Pública, no caso de uma concessão de serviços públicos, também para os usuários, destinatários e pagantes imediatos do serviço, o constituinte originário buscou tutelar a impessoalidade, que, inclusive, constitui princípio constitucional que obriga a Administração Pública (CF, art. 37, *caput*).

Quanto a este princípio, Hely Lopes Meirelles ¹⁸ensina que:

O princípio da *impessoalidade*, referido na Constituição de 1988 (art. 37, *caput*), nada mais é que o clássico princípio da *finalidade*, o qual impõe ao administrador público que só pratique o ato para o seu *fim legal*. E o *fim legal* é unicamente aquele que a norma de direito indica expressa ou virtualmente como objetivo do ato, de forma *impessoal*. (...)

Desde que o *princípio da finalidade* exige que o ato seja praticado sempre com finalidade pública, o administrador fica impedido de buscar outro objetivo ou de praticá-lo no interesse próprio ou de terceiros. Pode, entretanto, o interesse público coincidir com o de particulares, como ocorre normalmente nos atos administrativos negociais e nos contratos públicos, casos em que é lícito conjugar a pretensão do particular com o interesse coletivo.

Enquanto Hely Lopes Meirelles associa o princípio da impessoalidade com o princípio da finalidade da Administração Pública, Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁹ o associa com o princípio da igualdade do art. 5º da CF:

¹⁷ Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Parcerias na Administração Pública*, 2002, p. 80: “quanto ao **princípio da mutabilidade**, cabe destacar que a ele se submetem o concessionário e também os usuários do serviço público. Significa, esse princípio, que as cláusulas regulamentares do contrato podem ser unilateralmente alteradas pelo poder concedente para atender a razões de interesse público. Nem o concessionário, nem os usuários do serviço podem opor-se a essas alterações: inexistente direito adquirido à manutenção do regime jurídico vigente no momento da celebração do contrato. Se é o interesse público que determina tais alterações, não há como opor-se a elas”. [negrito no original]

¹⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 15 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 81.

Nele se traduz a ideia de que Administração tem que tratar a todos os administrados sem discriminações, benéficas ou detrimntosas. Nem favoritismo nem perseguições são toleráveis. Simpatias ou animosidades pessoais, políticas ou ideológicas não podem interferir na atuação administrativa e muito menos interesses sectários, de facções ou grupos de qualquer espécie. O Princípio em causa não é senão o próprio princípio da igualdade ou isonomia

Saindo dos princípios em direção às normas cogentes, o dever de licitar as contratações públicas está previsto no art. 37, XXI, da CF:

ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Pelo dispositivo, o constituinte estabeleceu que a regra geral é o procedimento licitatório, delegando à lei a regulamentação de situações excepcionais de contratação direta. A lei que trata dessas exceções é a Lei 8.666/93, que estabeleceu três situações em que o gestor público pode ou deve dispensar o procedimento licitatório, qual sejam: a contratação dispensada (art. 17) – para bens imóveis; a dispensa de licitação (art. 24) e a inexigibilidade (art. 25).

Lembrando que não existe outra norma que prescreve exceções ao dever de licitar, pode-se dizer que qualquer contratação sem licitação deve, necessariamente, estar adstrita às três formas prescritas pela Lei 8.666/93 e, por óbvio, atender os requisitos desse diploma. Por não se encaixar em qualquer dos casos de dispensa, as contratações sem licitação da ANTT só poderiam ocorrer por inexigibilidade de licitação (incisos I e II do art. 25):

Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial:

I - para aquisição de materiais, equipamentos, ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, vedada a preferência de marca, devendo a comprovação de exclusividade ser feita através de atestado fornecido pelo órgão de registro do comércio do local em que se realizaria a licitação ou a obra ou o serviço, pelo Sindicato, Federação ou Confederação Patronal, ou, ainda, pelas entidades equivalentes;

II - para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória

¹⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 8 ed., São Paulo: Malheiros Editora, 1996, p.68

especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação;

III - para contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública.

Consequentemente, nessas hipóteses, a Agência deveria demonstrar a inviabilidade ou ao menos a desvantagem do procedimento licitatório para o poder público e os usuários. Esse tipo de avaliação não é realizado pela ANTT que, quando muito, analisa apenas a imprescindibilidade da obra e mesmo assim o faz de maneira frágil e pouco fundamentada. Aspectos tais como potenciais descontos, benefícios ou malefícios do processo competitivo sequer são considerados.

De fato, licitar uma obra dentro do sistema rodoviário pode gerar incômodos para a regular prestação do serviço. Mas isto vai depender de uma análise a cada caso, considerando os aspectos positivos e negativos de cada situação. A título de exemplo, o Governo Federal estuda licitar antecipadamente a concessão da BR-116 SP/RJ (Dutra), cujo presente contrato de concessão só finaliza em 2021. Na hipótese, a empresa vencedora iniciaria a obra de ampliação da Serra das Araras antes do início da próxima concessão e consequentemente dividiria o canteiro de obras com a atual concessionária, NovaDutra.

Assim, a falta de qualquer análise relativa à possibilidade e a vantagem ou não da competição nas obras da ANTT por si já torna boa parte das contratações durante a vigência dos contratos de concessão rodoviárias ilegais, uma vez que ainda que seja, de fato, inexigível a licitação, a melhor decisão deve ser tomada de maneira fundamentada e transparente, em sintonia com o princípio republicano de prestação de contas e de responsabilização.

Retomando a análise sobre a Constituição Federal de 1988, o art. 175 trata das concessões de serviços públicos:

Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, **sempre através de licitação**, a prestação de serviços públicos.

Parágrafo único. A **lei** disporá sobre:

I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;

II - os direitos dos usuários;

III - política tarifária;

IV - a obrigação de manter serviço adequado.

Assim como a atividade tributária, a prestação jurisdicional e a defesa, a prestação de serviços públicos constitui elemento inerente à existência do Estado. Pela prestação de serviços públicos, o Estado promove o bem-estar da coletividade, os direitos fundamentais e a satisfação de preceitos constitucionais como a dignidade e a emancipação dos indivíduos.

Por esta razão, o constituinte, inclusive, restringiu a liberdade concedida ao gestor público de, em situações excepcionais previstas em lei, poder contratar sem licitação, uma vez que o dispositivo é incontroverso: “sempre através de licitação”.

Assim, a indisponibilidade dos interesses dos usuários, a importância do serviço para a sociedade e o Estado e a monta dos valores envolvidos evidenciam que o gestor público que gere a prestação ou a regulação de um serviço público delegado à iniciativa privada, possui uma menor discricionariedade decisória que um gestor público convencional.

Dessa forma, se o procedimentalismo e o controle são importantes em uma contratação pública convencional, quando esta contratação envolve um serviço público eles são ainda maiores. Todavia, conforme será apresentado, não é o que tem se verificado nas contratações sem licitação no âmbito das concessões de serviços públicos.

Com efeito, cabe assinalar a quantidade de obras que vêm sendo inseridas nas concessões rodoviárias durante a execução dos contratos de concessão. O PIL 2015 previu **R\$ 15,3 bilhões** em novos investimentos nas concessões em andamento entre 2015 a 2018:

Tabela 6: Novos investimentos em concessões em andamento

| Trecho concedido | Obra | Valor estimado (R\$) |
|----------------------|-----------------|----------------------|
| BR-163/MT | duplicação | 800 milhões |
| BR-153/SP | duplicação | 4 bilhões |
| BR-116/PR/SC | duplicação | 2,5 bilhões |
| BR-290/RS | faixa adicional | 200 milhões |
| BR-101/376/116/SC/PR | faixa adicional | 900 milhões |
| BR-116/SP/RJ | vias marginais | 2,3 bilhões |
| BR-101/RJ | duplicação | 1,2 bilhão |
| BR-040/MG/RJ | duplicação | 1,1 bilhão |
| BR-393/RJ | duplicação | 1,3 bilhão |
| BR-324/116/BA | faixa adicional | 400 milhões |
| BR-381/SP/MG | faixa adicional | 600 milhões |

Fonte: Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil

Estas obras são contratadas diretamente com concessionários e quantificadas pelo preço teto dos sistemas de referência, a partir de projetos elaborados pelas próprias empresas e repassados os custos aos usuários, normalmente por aumento das tarifas.

Para se ter uma ideia da monta dos valores envolvidos, o DNIT liquidou, entre 2015 e 2017, **R\$ 1,2 bilhão**²⁰ em obras de ampliação de capacidade (mesma natureza que as obra da ANTT). De fato, não é honesto comparar o montante planejado de gastos com as obras nas concessões com o montante efetivamente executado pelo DNIT, uma vez que algumas das obras previstas pela ANTT não saíram ou se encontram com o planejamento atrasado.

Em todo caso, como já exposto, a regra geral da Constituição é a licitação; a exceção, sobretudo nas concessões de serviços públicos, é a contratação direta e, mesmo assim, atendendo as condições, já amplamente conhecidas e exigidas pelos órgãos de controle, para a inexigibilidade de contratações “corriqueiras”, de menor vulto e de menor sensibilidade aos interesses da sociedade do que a das concessões de serviço público – quais sejam, a demonstração da inviabilidade e da desvantagem competitiva.

Assim, ao arrepio da Constituição Federal e dos princípios da Administração, mormente, a legalidade, a impessoalidade e a eficiência, a Agência Nacional de Transportes Terrestres e o Poder Concedente, por meio do Ministério dos Transportes, vem banalizando as contratações sem licitação das principais obras de infraestrutura rodoviária.

Acrescenta-se que a violação do procedimento acarreta efeitos nefastos ao setor. Primeiramente, possibilita que os usuários paguem por vultosas obras mais que o valor de mercado, entendido como aquele sujeito às livres forças de um mercado competitivo. Como exposto, desconsiderando qualquer desvio ou fraude, o simples fato de uma obra ser contratada em uma concessão de rodovias implica que, pela metodologia atual, custará necessariamente mais que uma obra licitada, uma vez que as obras são contratadas pelo **preço teto** do Sicro, incidindo adicionalmente a taxa de 6,24% sobre o valor da obra.

Ademais, o risco de contratações além do valor de mercado é inerente à própria ideia de contratação direta, independentemente da metodologia adotada pelo ente regulador. Nesse sentido, há tempos a literatura alerta quanto aos riscos das renegociações contratuais nas concessões de serviços públicos (GUASH, 2004, tradução minha):

²⁰ Dado extraído a partir de consulta ao Siafi (Sistema Integrado de Administração Financeira do Governo Federal).

A renegociação, particularmente a renegociação oportunista, pode reduzir ou **eliminar os benefícios esperados da competitividade da licitação**. Se o leilão for bem estruturado e oferecer incentivos adequados, a competitividade para o direito de operar uma concessão por um determinado tempo deve resultar no operador mais eficiente. **Entretanto, se os licitantes acreditarem que a renegociação é viável e provável, seu comportamento estratégico e suas propostas serão afetados e o processo provavelmente não selecionará o operador mais eficiente como pretendido.**²¹

[destaques inseridos]

Quanto a este aspecto, Portugal²² coloca os riscos das alterações contratuais em concessões de serviços públicos, visando promover alterações qualitativas e quantitativas do objeto contratual (inserção de obras, por exemplo):

Essa função [possibilitar alterações contratuais] é a que requer mais cuidados porque, é atividade extremamente complexa a realização do reequilíbrio do contrato para compensar mudanças desse tipo, especialmente as mudanças qualitativas. Além disso, alterações relevantes em contrato que foi submetido a processo competitivo põem em risco os benefícios obtidos do processo competitivo. Perceba-se que o preço devido ao concessionário pela prestação dos serviços e assunção dos diversos riscos que o contrato lhe atribui é, no caso dos processos de desestatização, sempre determinado pela competição havida na licitação. Quando, entretanto, o Poder Público resolve realizar a alteração do objeto do contrato de concessão comum e PPP, seja ela quantitativa ou qualitativa, não há mais pressão competitiva para determinar o novo preço a ser cobrado pelo parceiro privado por consequência da alteração do objeto do contrato. **Fica, por isso, o Poder Concedente exposto à pressão do concessionário para estipulação do preço que lhe parece mais atrativo.**

[destaques inserido]

Maurício Portugal Ribeiro exemplifica isso com uma situação em que o Poder Concedente transfere a um concessionário rodoviário segmento adjacente para que este assuma e realize investimentos necessários para trazer esse trecho para as mesmas condições de qualidade do restante da concessão. Nessa situação, o concessionário estará em posição bastante favorável para fazer exigências em relação ao preço que cobrará, em razão da:

(i) ausência de competição e da facilidade para o concessionário assumir o trecho – uma vez que está instalado na operação de uma rodovia próxima;

²¹ GUASH, J. Luis. Granting and Renegotiation infrastructure Concessions Doing it Right. Word Bank Institute. Washington, D.C, 2004, p. 34-35: “Renegotiation, particularly opportunistic renegotiation, can reduce or eliminate the expected benefits of competitive bidding. If the auction is designed well and provides adequate incentives, competitive bidding for the right to operate a concession for a given number of years should elicit the most efficient operator. If bidders believe that renegotiation is feasible and likely, however, their strategic behavior and their bids will be effected, and the process will not be likely to select the most efficient operator as intended.

²² Ribeiro, Maurício Portugal. Concessões e PPPs – Melhores Práticas em licitações e Contratos -, Editora Atlas, p. 106-107.

(ii) assimetria de informações em favor do concessionário – como este faz obras e opera um segmento rodoviário próximo, ele tem como ninguém conhecimento dos custos efetivos para a realização de obras e prestação de serviços;

(iii) assimetria de nível de interesse no projeto:

Para o Poder Concedente é a solução do problema de apenas um segmento rodoviário, para o concessionário, a depender de como a incorporação do novo trecho e a consequente recomposição do equilíbrio econômico-financeiro foram feitas, **isso pode ou tornar o seu contrato de concessão o mais atrativo do mundo, ou torna-lo o seu maior problema, a sua maior fonte de prejuízos, Daí que o concessionário terá todo o incentivo para investir tanto quanto for necessário para tornar essa renegociação do objeto do contrato a mais vantajosa possível, chegando algumas vezes ao ponto de locupletar-se do Poder Concedente e dos usuários do serviço.**

[destaque inserido]

Assim, existe uma significativa assimetria de informações em favor do concessionário nos processos de recomposição de equilíbrio econômico-financeiro em razão de novos investimentos em concessões rodoviárias. Esse aspecto impõe ao regulador especial cuidado para mitigar os riscos de contratações supervalorizadas e onerosas aos usuários do serviço.

Outro aspecto relevante é que a falta de critério objetivo e transparente para incluir obras e promover o seu reequilíbrio pode incentivar o conluio de empresas e agentes públicos no sentido de fraudar a licitação que concede a rodovia.

Segundo Maurício Ribeiro²³, existem duas preocupações fundamentais na estruturação de um procedimento licitatório de uma concessão de serviços públicos.

A primeira é “encorajar a entrada no procedimento de licitação de participantes capazes de prestar os serviços adequadamente”, uma vez que é possível demonstrar, sob determinadas premissas, que quanto maior o número de competidores, na média, melhor serão os preços obtidos pelo Poder Concedente nas licitações²⁴.

A segunda preocupação é “maximizar a concorrência entre os participantes capazes de prestar o serviço adequadamente, evitando estruturas de licitação que deixem espaço para a ocorrência de situações inibidoras da competição, como conluio, captura ou corrupção, e barreiras de entrada desnecessárias”.

²³ Ribeiro, Maurício Portugal. Concessões e PPPs – Melhores Práticas em licitações e Contratos -, Editora Atlas, p. 10.

²⁴ Cf. McAfee e McMillan (1987, p. 711) – citado por Maurício Portugal na passagem acima.

Ainda segundo o autor²⁵, os principais problemas das licitações de grandes projetos de obra, concessões comuns e PPPs no Brasil são: (a) as barreiras de entrada desnecessárias previstas nos editais de licitação; (b) o conluio; (c) a captura do regulador; (d) corrupção – recepção de vantagens pelos agentes públicos advindas dos licitantes.

Com base em observações destes investimentos, o autor entende que estes quatro problemas se encontram em regra **juntos**, no que chamam de “ciclo de locupletação ilícita da licitação”. A origem desse ciclo pressupõe a existência de três condições²⁶:

- (1) Agente público responsável pelo processo licitatório, por razões lícitas (ascendência técnica) ou ilícitas (corrupção), sujeito à influência dos licitantes;
- (2) Um ou um conjunto de licitantes se coordena para propor um conjunto de condições para impedir ou dificultar a entrada de potenciais participantes na licitação;
- (3) Possibilidade de desenvolvimento de barreiras de mercado que possam ser incluídas nos editais de licitação, ocultadas ou legitimadas por entidades estatais.

Ocorrendo estas três condições, abre-se a possibilidade para que o ciclo de locupletação ilícita da licitação se instaure, permitindo²⁷:

- (a) a criação de barreiras de entrada, o que permite reduzir a um universo controlado aqueles que poderão participar na licitação;
- (b) a redução do universo de participantes, que permite que eles combinem entre si as formas de distribuição dos ganhos advindos da licitação viciada (que pode envolver um ou mais projetos, simultaneamente ou sequencialmente), ou seja, permite a ocorrência de conluio;
- (c) eventual sucesso do conluio, que realimenta o ciclo, posto que o canal no Poder Público para a realização da corrupção ou influência indevida que deu origem ao ciclo se torna conhecido dos participantes do conluio, que se têm encorajados a perpetuar o ciclo.

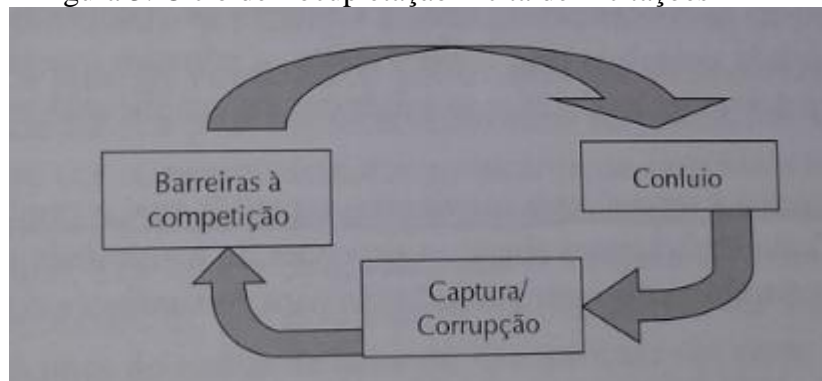
A figura a seguir evidencia graficamente o ciclo proposto pelo autor:

²⁵ Ribeiro, Maurício Portugal. Concessões e PPPs – Melhores Práticas em licitações e Contratos -, Editora Atlas, p. 11-12.

²⁶ Ribeiro, Maurício Portugal. Concessões e PPPs – Melhores Práticas em licitações e Contratos -, Editora Atlas, p. 12.

²⁷ Ribeiro, Maurício Portugal. Concessões e PPPs – Melhores Práticas em licitações e Contratos -, Editora Atlas, p. 12-13

Figura 3: Ciclo de Locupletação Ilícita de Licitações



Fonte: Concessões e PPPs – Melhores Práticas em licitações e Contratos - p. 13.

Quanto à captura e a corrupção, a literatura aborda a relação entre os reequilíbrios e renegociações durante a vigência dos contratos com a corrupção de agentes políticos e o sistema político de diversos países (GUASH, 2004, tradução minha):

Dois fatores políticos parecem afetar a probabilidade de renegociação.

O primeiro é a extensão da corrupção. Assim, se os operadores acreditarem que os agentes políticos estão sujeitas à influência, isso aumentará a crença dos operadores privados de que as renegociações e a obtenção de retornos adicionais são possíveis. Para testar esse fator, foi realizada uma análise de para concessões renegociadas. Os resultados, mostrados [...]

Esses resultados empíricos sugerem uma correlação negativa entre o nível de corrupção e a qualidade da fiscalização. Além disso, **quanto maior o índice de corrupção, maior a probabilidade de renegociação** - como sugerido por Laffont (2001), [...]

O segundo fator político que afeta a probabilidade de renegociação é o período eleitoral. A implicação é que, após as eleições, as novas administrações tendem a reconsiderar as medidas tomadas pelas administrações anteriores - seja por terem novas prioridades e pela necessidade de alterar os termos do contrato de acordo ou por objetivos politicamente motivados.²⁸

[destaques inseridos]

²⁸ GUASH, J. Luis. Granting and Renegotiation infrastructure Concessions Doing it Right. Word Bank Institute. Washington, D.C, 2004, p. 109: "Two political factors appear to affect the probability of renegotiation. One is the extent of corruption. That is, if operators believe that their government counterparts are subject to influence, that will increase the operators' belief that renegotiations and the capture of additional rents are possible. To test for that factor, a probit analysis for renegotiated concessions was performed. The results, shown [...]"

These empirical results suggest a negative correlation between the level of corruption and the quality of enforcement. Moreover, the higher the corruption index is, the higher is the probability of renegotiation—as suggested by Laffont (2001), [...]

The second political factor affecting the probability of renegotiation is election timing. The implication is that after elections, new administrations tend to reconsider actions taken by previous administrations—either because they have new priorities and a need to change contract terms accordingly, or because of politically motivated objectives.

A partir do exposto, o principal mecanismo para prevenir o ciclo é garantir a entrada de novos entrantes. Este aspecto torna-se ainda mais relevante diante da complexidade do setor regulado, uma vez que existe significativa assimetria de informações entre o regulado e o regulador, impedindo que este estime, de maneira eficiente, os custos do serviço prestado.

Voltando para o contexto dos novos investimentos em concessões rodoviárias, como estas obras serão custeados **sem qualquer vinculação aos preços da proposta vencedora**, abre-se espaço para conluíus entre agente público e particular no sentido de fraudar o procedimento licitatório. Explica-se: é aberta a oportunidade para que obras e serviços de engenharia, que sabidamente serão necessários ao longo do contrato, sejam deliberadamente omitidos do objeto licitatório da concessão para que sejam posteriormente incluídos por meio de aditivos.

Nessa hipótese, determinado licitante pode ter conhecimento de que investimentos, não previstos no edital e no contrato, serão contratados no decorrer da execução contratual a preços teto do Sicro. Torna-se possível, portanto, que o mesmo proponha deságios mais agressivos que os dos demais concorrentes, viciando a competição.

Como as novas obras serão custeadas pelo preço do Sicro (que é o limite máximo da Administração) e mediante quantidades e soluções majoradas, a margem de lucro do concessionário aumenta com esses “novos” investimentos. Dessa forma, este pode propor preços mais baixos no leilão, sabendo que os compensará posteriormente com as futuras obras.

Em um momento posterior, diante da percepção do mercado de que existem informações relevantes que não são de conhecimento de todos os participantes, potenciais novos investidores se absterem de participar dos novos leilões, dado que é onerosa a elaboração de estudos e projetos para a participação dessas concorrências. Nessa situação, tem-se um fortalecimento ainda maior dos concessionários que já estão dentro do mercado, facilitando novas capturas do regulador, bem como a propositura de novas medidas regulatórias (legítimas ou não) tendentes a criar barreiras a novos entrantes, repetindo-se o ciclo proposto.

Quanto ao desencorajamento da entrada de novos investidores, a literatura acrescenta que (GUASH, 2004, tradução minha):

Mudanças nas regras do jogo induzem a incerteza e criam riscos, **desencorajando potenciais licitantes** e, às vezes, levando os licitantes a abandonar as concessões.²⁹

[destaque inserido]

A partir do exposto, cabe trazer à baila o ocorrido na Concessão da BR-163/MT, trecho administrado pela Concessionária Rota do Oeste, da Odebrecht Transport. O consórcio vencedor administra o trecho de 847,2 km desde março de 2014.

Em 2015, portanto aproximadamente um ano após o início do contrato, a concessionária negociava com a ANTT a assunção, duplicação, conservação e administração de 108,2 km de um trecho que pertencia ao DNIT (km 353,5 a km 461,7).

Sem licitação e a partir dos custos médios gerenciais, a inclusão das novas obrigações gerou um impacto de **38,98%**³⁰ na tarifa de pedágio. A duplicação e a recuperação do trecho, incluída a elaboração dos projetos, somaram **R\$ 819.532.282 milhões**³¹ (ref. março de 2014). Os valores aprovados pela ANTT para tais obras representam o **dobro** daqueles obtidos pelo DNIT, valor correspondente a R\$ 410.545.000,00 para os lotes A e B, conforme o Edital 111/2015-11³².

Ora, por que obras dessa monta não foram previstas no leilão que concedeu a rodovia um ano antes? Se o fossem, os usuários do serviço seriam beneficiados com os descontos da empresa vencedora. Cabe lembrar que a Concessionária ofertou um deságio de 52,03% !

Outro aspecto é que contratações dessa monta colocam em dúvida a higidez da licitação que concedeu o trecho pouco tempo antes. Será que, se as obras fossem previstas no leilão, surgiriam novos concorrentes, deságios e quiçá uma nova empresa vencedora?

O fato é que a imagem que esse tipo de contratação direta passa é a de que existe uma completa insegurança jurídica e falta de previsibilidade para os *players* externos ao mercado, que sequer podem precificar adequadamente o valor do negócio e oferecer suas propostas. Como exposto, participar de certames que envolvam negócios de grande monta, tais como

²⁹ GUASH, J. Luis. Granting and Renegotiation infrastructure Concessions Doing it Right. Word Bank Institute. Washington, D.C, 2004, p. 76: “Changes in the rules of the game induce uncertainty and create risk, discouraging potential bidders and sometimes leading winning bidders to abandon concessions”

³⁰ Conforme a soma dos percentuais a Nota Técnica 116/2015/Geror/Suinf/ANTT (p. 22 a 25), obtida no seguinte endereço eletrônico: http://www.antt.gov.br/backend/galeria/arquivos/nt_1162015gerorsuinf.pdf

³¹ Conforme a Nota Técnica 41/2015/Geinv/Suinf/ANTT (p. 21), disponível no seguinte endereço: http://www.antt.gov.br/backend/galeria/arquivos/nota_tecnica_n_041_2015_geinv_suinf.pdf

³² Disponível no seguinte endereço eletrônico: http://www1.dnit.gov.br/anexo/Edital/Edital_edital0111_15-11_0.pdf

concessões de rodovias, envolve custos elevadíssimos com estudos e projetos, de sorte que o particular só desembolsará estes valores se realmente intenta disputar o contrato.

Outro exemplo de desvirtuamento do objeto do contrato se deu na Concessão de BR-153/SP, trecho administrado pela Rodovia Transbrasiliana, da Triunfo Participações e Investimentos S.A., desde fevereiro de 2008. Nos 321 km da rodovia, em pista simples (não duplicada), o contrato original previu alguns poucos investimentos, tais como a execução de apenas 35,5 km de terceiras faixas e a duplicação de 12,5km.

Em 2015, portanto, apenas 7 anos após o início do contrato, o Governo Federal deu início às tratativas para contratar diretamente com a empresa a **duplicação integral** ³³ da rodovia, que foi dividida em seis lotes e no contorno de Marília.

Dois dos seis lotes foram considerados prioritários (lotes 1 e 3), correspondente à 84,7 km de duplicação. O valor das cifras aprovados pela ANTT, a partir dos projetos elaborados pela Concessionária, foi de R\$ 595 milhões³⁴ (ref. novembro de 2015), só para a duplicação. Além dos valores com duplicação, a Agência previu mais R\$ 164 milhões³⁵ (ref. novembro de 2015) com a manutenção e a conservação do novo trecho ao longo do contrato, o que totaliza a cifra de **R\$ 759 milhões** (ref. novembro de 2015), para apenas dois dos seis lotes previstos. Considerando ainda os outros quatro lotes e o contorno de Marília, o valor tenderá ao valor estimado de **R\$ 4 bilhões** nesta rodovia, conforme previsto no PIL 2015 (vide Tabela 6).

Assim como nas obras mencionadas da Concessão da BR-163/MT, a ANTT se valeu dos custos médios gerenciais do DNIT para estimar o valor das obras, afrontando a própria Resolução 3.651/11, que prevê a utilização do preço teto do Sicro. Os custos médios gerenciais são preços de referência do DNIT para estimar a ordem de grandeza de investimentos, em fase preliminar, anterior aos projetos mais detalhados.

O fato por si só de licitar uma rodovia simples e, durante o contrato de concessão, contratar diretamente a sua duplicação integral, constitui evidente desvirtuamento do objeto da licitação e, conseqüentemente, burla ao procedimento licitatório.

³³ Conforme pode ser observado na Nota Técnica 20/2016/Geinv/Suinf (p.3), disponível em: http://www.antt.gov.br/backend/galeria/arquivos/nota_tecnica_n_020_2016_geinv_suinf.pdf

³⁴ Conforme a Nota Técnica 20/2016/Geinv/Suinf/ANTT (p. 36-37), disponível no seguinte endereço eletrônico: http://www.antt.gov.br/backend/galeria/arquivos/nota_tecnica_n_020_2016_geinv_suinf.pdf

³⁵ Conforme a Nota Técnica 20/2016/Geinv/Suinf/ANTT (p. 19), disponível no seguinte endereço eletrônico: http://www.antt.gov.br/backend/galeria/arquivos/nota_tecnica_n_020_2016_geinv_suinf.pdf

Cabe frisar que a Concessionária Transbrasiliana vem descumprindo as suas obrigações contratuais de maneira contumaz, amargando **índices de inexecução de 100%** em 2014 e 2015, conforme a própria ANTT (vide Figura 2 e Tabela 1).

A situação é tão grave que a ANTT firmou Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) com esta empresa, convertendo as multas em obras (também quantificadas sem desconto), em troca de regularização das pendências contratuais. Mesmo após a “chance” concedida pelo órgão regulador, a empresa segue descumprindo as suas obrigações³⁶.

Assim, qual a lógica de “premiar” uma empresa que vem descumprindo o contrato de concessão de maneira acintosa a partir de uma contratação direta de vultosas obras? Cabe lembrar que estas obras são transferidas às tarifas dos usuários antes mesmo de se iniciarem, o que importa em indagar qual a garantia de que a Concessionária agirá de maneira diferente e as entregará? Certamente o mais coerente e lógico nessa situação seria a abertura de processo de caducidade contra a empresa, e não a contratação direta de obras de cifras bilionárias.

Novamente, será que essas obras poderiam ter sido previstas no leilão da rodovia em 2007? Neste caso, se as informações das duplicações fossem amplamente difundidas, qual teriam sido as propostas vencedoras ou mesmo o licitante vencedor?

Os casos acima motivam um debate quanto a eventuais limites de mutação dos contratos de concessão. Recentemente, aprovou-se a Lei 13.448/2017 que, em seu artigo 22, estabeleceu expressamente que os limites dos §§ 1º e 2º da Lei 8.666/93 não seriam aplicáveis às concessões de rodovias, ferrovias e aeroportos. Entende-se que a iniciativa do dispositivo não está aderente com a realidade brasileira, pelo menos do setor rodoviário.

Se a Lei tentou dizer que os únicos limites legislativos não são aplicáveis, por que não propôs adicionalmente um limite alternativo de alteração? Da forma como está, passa a falsa percepção de que os limites não existem e de ser possível alterações contratuais ilimitadas e incompatíveis com o objeto da licitação.

Certamente este entendimento não deve prosperar por ir em completa oposição à Constituição Federal, que estabeleceu o dever de licitar e os princípios da Administração, notadamente, a impessoalidade e a eficiência.

³⁶ É o que pode ser extraído do voto condutor que aprovou a 9ª Revisão Ordinária, a 9ª Revisão Extraordinária e o Reajuste da Tarifa de Pedágio da Transbrasiliana (p.4), que pode ser obtido no seguinte endereço eletrônico: http://www.antt.gov.br/backend/galeria/arquivos/votodmr_transbrasiliana.pdf

Resta ao regulador e aos órgãos de controle avaliar, em cada caso concreto, se determinada inclusão de obras desvirtua ou não o objeto do contrato ou mesmo frustra os objetivos da licitação da concessão, o que pode acarretar subjetivismo e casualidades.

Em todo caso, é certo que o rigor e o procedimentalismo que os órgãos de controle e Administração Pública impõem à matéria licitatória para as “contratações corriqueiras” é muito mais rígido do que o que vem sendo praticado no âmbito das ANTT para grandes obras.

Este aspecto deveria ser debatido com a sociedade, uma vez que não existe lógica em se exigir um procedimento menos rígido em contratações de enorme vulto, que envolvem aspectos tão sensíveis aos interesses da sociedade e do Estado, como é o caso da prestação de serviços públicos e a exploração de infraestrutura.

2.3. DA NÃO PRESERVAÇÃO DAS CONDIÇÕES CONTRATUAIS DA PROPOSTA

A obrigação de manter intangível o equilíbrio econômico-financeiro original nos contratos firmados com a Administração está prevista no art. 37, XXI, da CF/88:

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, **mantidas as condições efetivas da proposta**, nos termos da **lei**, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

[Destaque inserido]

Dessa forma, o constituinte buscou tutelar a intangibilidade da equação econômico-financeira das contratações do setor público. Preservar este equilíbrio significa manter as condições econômicas pactuadas entre as partes (“condições efetivas da proposta”), mesmo após eventos que alterem o equilíbrio inicial.

A regra constitucional é uma via de mão dupla. Visa a proteger ambas as partes de distorções: Administração Pública e parceiro privado. Se por um lado, a Constituição não permite que a Administração onere indevidamente o parceiro privado; de outro lado, também não permite que o parceiro privado exija vantagens não compatíveis com o contrato firmado.

A partir da redação da norma, faz-se oportuno compreender a amplitude do dispositivo, vale dizer, entender quais eventos ensejam ou não o restabelecimento das condições econômico-financeiras do contrato, de maneira a “manter as condições iniciais da proposta”.

A doutrina discrimina dois tipos de riscos que decorrem da contratação da Administração Pública com o particular: *álea ordinária* e *álea extraordinária*.

A *álea ordinária* constitui o risco normal assumido pelo particular para a execução do objeto contratual, no caso em tela, exploração da infraestrutura rodoviária. Por ser um risco normal e inerente ao negócio, os riscos relacionados à *álea ordinária* são inteiramente suportados, de acordo com a matriz de risco do contrato, pelo concessionário ou pelo Poder Concedente³⁷, não cabendo, portanto, recomposição do equilíbrio econômico-financeiro.

Por outro lado, *álea extraordinária* refere-se aos riscos não imputados a qualquer das partes em um dado contrato administrativo. Acontecimentos desta natureza, cujos efeitos repercutam sobre a equação econômico-financeira original, ensejam o reequilíbrio contratual a fim de garantir o retorno às condições iniciais estabelecidas pelas partes.

Como exemplos desses riscos, Maria Sylvia Di Pietro³⁸, assim enumera:

1. *álea administrativa*, que abrange três modalidades:
 - a) **alteração unilateral**;
 - b) fato do príncipe;
 - c) fato da administração.
2. *álea econômica*, que corresponde a circunstâncias externas ao contrato, estranhas à vontade das partes, imprevisíveis, excepcionais, inevitáveis, que causam desequilíbrio muito grande no contrato, dando lugar a aplicação da Teoria da Imprevisão; a Administração Pública, em regra, responde pela recomposição do equilíbrio econômico-financeiro.

[destaque inserido]

No contexto das concessões, destacam-se as alterações unilaterais, que constituem as mutações dos direitos e obrigações das partes, impostas pelo Poder Concedente ao concessionário, com repercussões sobre a equação econômico-financeira pré-estabelecida.

Este aspecto ganha relevância para o setor, dado o longo prazo de vigência desses contratos e a necessidade de alterações, visando garantir o serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários. Desse modo, estas alterações ensejam o dever de restabelecer as condições iniciais, sob pena de uma parte apropriar-se ilicitamente dos recursos da outra.

O restabelecimento da equação econômico-financeira visa a proteger ambas as partes de mutações unilaterais onerosas, vale dizer, atua tanto em favor do concessionário como da Administração Pública, e, no caso de concessões de serviços públicos, também dos usuários.

³⁷ É o caso do risco de licenciamento ambiental, que foi transferido ao Poder Concedente nas concessões rodoviárias federais da 3ª etapa do programa.

³⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 262

No mesmo sentido e regulamentando o dispositivo constitucional, os §§ 1º e 3º do art. 65 da Lei 8.666/93 dispõem que:

§1º O contratado fica obrigado a aceitar, **nas mesmas condições contratuais**, os acréscimos ou supressões que se fizerem nas obras, serviços ou compras, até 25% (vinte e cinco por cento) do valor inicial atualizado do contrato, e, no caso particular de reforma de edifício ou de equipamento, até o limite de 50% (cinquenta por cento) para os seus acréscimos.

(...)

§ 3º Se no contrato não houverem sido contemplados preços unitários para obras ou serviços, esses serão fixados mediante **acordo entre as partes**, respeitados os limites estabelecidos no § 1º deste artigo.

[Destaques nossos]

A norma é clara no sentido de que, nos aditamentos contratuais, o contratado deve repassar à Administração os preços pactuados em sua proposta. Desse modo, eventuais descontos obtidos na licitação devem ser considerados nos acréscimos ou supressões.

A Lei reforça este entendimento quando, no § 3º, dispõe que os elementos que não forem precificados (“não existirem preços unitários”) deverão ser negociados entre as partes. Nessa hipótese, como não existe um valor de referência, Administração e contratado devem negociar estes preços. Supõe-se que a Administração acrescente em uma obra contratada determinado serviço que não fora cotado na proposta original: nesta hipótese, não pode o contratado impor o preço dos novos insumos.

A Lei 8.987/95 faz referência à manutenção das condições da proposta em seu art.9º:

Art. 9º **A tarifa do serviço público concedido será fixada pelo preço da proposta vencedora da licitação** e preservada pelas regras de revisão previstas nesta Lei, no edital e no contrato. (...)

§ 2º Os contratos poderão prever mecanismos de revisão das tarifas, a fim de manter-se o equilíbrio econômico-financeiro. (...)

§ 4º **Em havendo alteração unilateral do contrato que afete o seu inicial equilíbrio econômico-financeiro, o poder concedente deverá restabelecê-lo, concomitantemente à alteração.**

[destaque inserido]

Pelo exposto, a Lei dos Serviços Públicos inovou pouco na matéria, mas reforçou o vínculo da tarifa com “a proposta vencedora da licitação” e previu que o ajuste econômico-financeiro deve ser concomitante à alteração unilateral do contrato.

Por fim, o Supremo Tribunal Federal (STF) já se pronunciou no sentido de que “na concessão de serviço público é lícita a modificação pelo poder concedente do funcionamento do serviço desde que fique assegurado o equilíbrio contratual (RDA 95/132)”.

A partir de todo o exposto, a Constituição Federal de 1988, a Lei 8.666/93, a Lei 8.987/95 e a jurisprudência do STF são uníssonas no sentido de manter a remuneração do serviço público prestado aderente à proposta do licitante vencedor.

Todavia, a Resolução ANTT 3.651/11 estabelece que as novas obras serão orçadas pelo preço teto do Sicro, vale dizer, alijando os usuários do serviço dos significativos descontos oferecidos pelos concessionários em razão da licitação dos trechos rodoviários.

Além de representar uma clara afronta aos dispositivos constitucionais e legais apresentados, o mecanismo da Agência gera efeitos negativos para o setor. Com a permissividade regulatória da ANTT na inserção de grandes obras sem qualquer desconto, as empresas são incentivadas a entrarem sob quaisquer condições nas concessões de rodovias, uma vez que logram lucros extraordinários e extracontratuais com as novas obras.

Com isso, a Agência incentiva que empresas ofereçam deságios agressivos nas tarifas teto dos leilões, algumas vezes mediante propostas inexequíveis, para ganhar a licitação e pleitear posteriormente grandes novas obras sem desconto.

Quanto aos lances agressivos de concessionários, cabe trazer as seguintes transcrições (GUASH, 2004, tradução minha):

Licitações agressivas geralmente significam que, desde o início, as operações de concessão não são financeiramente viáveis. Como observado, as firmas podem considerar a licitação agressiva uma estratégia racional se os governos não se comprometerem com uma política de não-renegociação. As empresas podem então apresentar propostas insustentáveis com a intenção de renegociar melhores condições após a concessão da concessão.³⁹

A empresa deve ser responsabilizada por sua oferta, ou a empresa deve ser resgatada? A resposta correta é que, salvo os principais fatores externos, **os operadores devem ser responsabilizados por suas propostas e, se os pedidos de renegociação forem recusados, os operadores devem se sentir à vontade para abandonar os projetos**, se optarem por fazê-lo (com as penalidades correspondentes). **O comportamento apropriado para o governo é manter as condições da proposta vencedora e não atender a solicitações oportunistas de renegociação. Fazer isso pode levar ao abandono de uma concessão, mas esse é um preço que vale a pena pagar e, de fato, pode ajudar o governo a estabelecer uma reputação de não ceder facilmente em termos de renegociação e, ao fazê-lo, desestimular futuros lances agressivos.** O que deve ser feito com maior frequência é que os governos rejeitem os pedidos oportunistas de renegociação e, em tais casos, permitam que as concessões fracassem. Tais resultados reduziram a incidência de renegociação. Essa é uma questão-chave nas concessões

³⁹ GUASH, J. Luis. Granting and Renegotiation infrastructure Concessions Doing it Right. Word Bank Institute. Washington, D.C, 2004, p.44: "Aggressive bidding often means that, from the start, concession operations are not financially viable. As noted, firms may consider aggressive bidding a rational strategy if governments are unable to commit to a policy of no renegotiation. Firms are then likely to submit unsustainable bids with the intention of renegotiating better terms after the concession has been awarded".

privadas de serviços de infraestrutura - ainda que muitas vezes é resolvida em favor dos operadores. Assim, licitações agressivas e a alta incidência de renegociação não devem surpreender.⁴⁰

[destaques inseridos]

Outra contradição do modelo da ANTT é a falta de equivalência entre o reequilíbrio das inexecuções contratuais e da exclusão de obrigações contratuais em relação à inclusão de novas obrigações e investimentos. Explica-se.

Atualmente, a Agência utiliza de dois mecanismos para recompor o equilíbrio econômico-financeiro das concessões: em razão das inexecuções contratuais ou exclusão de obrigações do contrato. Ao contrário da inclusão de obras e obrigações, nestes dois mecanismos, a ANTT leva em consideração o desconto da proposta vencedora.

O primeiro mecanismo é o plano de negócios, que consiste em documentação que o consórcio vencedor apresenta à Agência com os valores dos bens e serviços que deverá prestar ao longo da concessão. Quando a empresa deixa de executar uma obra ou de atender algum parâmetro, a Agência identifica o valor do mesmo no plano de negócios e o retira do fluxo de caixa original da concessão, o que acarreta uma redução da tarifa.

Pois bem, o plano de negócios se baseia na própria proposta do consórcio vencedor, vale dizer, estão embutidos nele todos os descontos que o concessionário ofertou em relação ao preço teto calculado nos estudos de viabilidade da licitação do trecho concedido.

O segundo mecanismo de reequilíbrio é o Fator de Desconto ou Fator “D”. Este mecanismo de reequilíbrio surgiu recentemente nas concessões da 3ª etapa. Por ele, para cada obrigação não executada, incide um desconto linear aplicado sobre a tarifa de pedágio dos usuários. Para exemplificar, supõe-se que o Fator “D” para a inexecução de cada quilômetro de duplicação é 0,0005; na hipótese de o concessionário deixar de duplicar 100km de rodovia, incidirá um desconto na tarifa de: $= 0,0005 \times 100 = 0,05$ ou 5%.

Como o desconto é aplicado sobre a tarifa vigente, e, não sobre a tarifa teto anterior ao certame que concedeu o trecho, o Fator D também considera os descontos da proposta do

⁴⁰ GUASH, J. Luis. Granting and Renegotiation infrastructure Concessions Doing it Right. Word Bank Institute. Washington, D.C, 2004, p.37-38: “Should the firm be held accountable to its bid, or should the firm be bailed out? The right answer is that, barring major external factors, operators should be held accountable to their bids, and if petitions for renegotiation are turned down, operators ought to feel free to abandon the projects, if they choose to do so (with the corresponding penalties). The appropriate behavior for government is to uphold the sanctity of the bid and not concede to opportunistic requests for renegotiation. Doing so may lead to the abandonment of a concession, but that is a price worth paying and, in fact, can help government establish a reputation of not being easy in terms of renegotiation demands and, in doing so, would discourage future aggressive bids. What should be done more often is for governments to reject opportunistic requests for renegotiation and, in such cases, allow concessions to fail. Such outcomes would reduce the incidence of renegotiation. That is a key issue in private concessions of infrastructure services—yet one that is often resolved in favor of operators. Thus aggressive bidding and the high incidence of renegotiation should not be surprising.

concessionário. Assim, se o concessionário ofereceu um desconto de 50% na tarifa teto, pode-se dizer que a sua inexecução ficará 50% mais barata para o bolso da empresa, uma vez que o Fator de Desconto incide sobre a tarifa proposta pelo consórcio vencedor.

Todavia, ao contrário das inexecuções em que a ANTT reequilibra, considerando os descontos da proposta vencedora, na inclusão de obras e novas obrigações ela o faz pelo preço teto dos sistemas de referência, vale dizer, sem qualquer desconto. Na prática, isso equivale a dizer que uma mesma obrigação custará mais se for inserida no contrato do que se for retirada.

Dessa forma, a Agência cria um incentivo para que os concessionários deixem de executar as obrigações originais do contrato (sujeitas a desconto) e pleiteiem a inclusão de novas obrigações (a partir do preço teto). Obras atrasadas ou retiradas do contrato debitarão a tarifa cobrada, mas numa proporção menor do que o correspondente acréscimo de nova obrigação.

Este aspecto explica a contradição entre os níveis sistêmicos de inexecução contratual e os aumentos tarifários acima da inflação. Assim, os concessionários, contando com generosidade da Agência para inclusão de novas obras no contrato, ganham mais com as obrigações posteriormente incluídas do que perdem com as obrigações não executadas ou retiradas da concessão.

Ademais, a prática da ANTT fomenta uma espécie de “jogo de planilha” pelos concessionários, uma vez que estes postergam obras ou pleiteiam a retirada do contrato de determinados investimentos, aqueles mais onerosos, tais como a construção de faixas adicionais, duplicações e contornos, mas que, em razão dos descontos relevantes colocados no certame, tornam-se menos impactantes para os seus resultados. Em contrapartida, os concessionários pleiteiam a “troca” da obra retirada por uma nova obra pelo preço teto.

Foi o que aconteceu no caso da BR-153/SP, conforme exposto na seção anterior. A empresa não construiu a faixa adicional prevista no contrato original para determinados trechos da rodovia, mas pleiteou a ‘substituição’ da mesma pela duplicação dos mesmos trechos. As faixas adicionais são reequilibradas pelo seu plano de negócios, sujeitas aos significativos descontos da licitação, mas a duplicação foi aferida pelos custos médios gerenciais, que são inclusive mais onerosos que os valores teto do Sicro e não se prestam a esta função.

A falta de compatibilidade entre a remuneração de novas obrigações e o desconto resultante das inexecuções traz situações esdrúxulas como as verificadas na Concessão da

BR-060/153/262/DF/GO/MG, trecho administrado pela Concessionária Concebra (do grupo Triunfo Participações S.A).

O contrato de concessão previu a execução de um contorno de 30 km e classe I-A (mesma classe de todo o resto da rodovia). Após pleito da Concessionária, a ANTT aprovou⁴¹, sob novas condições, duas alterações unilaterais do contrato. Na primeira, ampliou a extensão do contorno para 44 km e alterou o seu padrão para classe 0, padrão mais rígido e dispendioso. Na segunda, incluiu unilateralmente no contrato a execução de outro contorno rodoviário, de 5,565 km de extensão e classe I-A, na região de Campo Florido.

Para reequilibrar o contrato, a Agência considerou a supressão do contorno original e a inclusão dos outros dois contornos no fluxo de caixa marginal da concessão. Todavia, o contorno original foi excluído considerando o desconto da empresa no leilão, ao passo que os novos contornos foram precificados pelos custos médios gerencias e mediante projetos elaborados pela concessionária.

Como resultado, a exclusão de 30 km do contorno de Goiânia resultou num desconto tarifário de 1,8%, ao passo que a inclusão do novo contorno na capital goiana (44 km, classe 0) resultou num acréscimo tarifário de **20,6%** (ou **R\$ 612,604 milhões**). A inclusão do contorno de Campo Florido (5,565 km, classe I-A) impactou em mais 1,74% (conforme as páginas 7, 18 e 20 da nota técnica do rodapé). Destes números, podem se extrair as seguintes considerações.

Primeiramente, a ampliação de apenas 14 km no contorno de Goiânia – retirada de um contorno de 30 km e a inclusão de outro de 44 km – aliada à mudança de classe, **multiplicou o custo por quilômetro do contorno original em 7,8 vezes**, dado que o impacto tarifário do contorno incluído é 11,4 vezes maior que o impacto do contorno retirado, sendo que a sua extensão é apenas 47% maior.

Em segundo, a inclusão de 5,565 km do contorno de Campo Florido gerou um impacto equivalente a exclusão de 30 km do Contorno de Goiânia, dado que o primeiro acarretou um acréscimo de 1,74% na tarifa e o segundo, um decréscimo de 1,8%, vale dizer, o contorno novo custou **aproximadamente seis vezes mais**, proporcionalmente, que o contorno suprimido.

⁴¹ Conforme a Nota Técnica 115/2016/Geror/Suinf/ANTT, que pode ser encontrada no seguinte endereço eletrônico:
http://www.antt.gov.br/rodovias/CONCEBRA/CONCEBRA_Revisao_e_Reajuste_da_Tarifa_de_Pedagio.html

Cabe frisar que a Concebra é uma das concessionárias que mais vem descumprindo o contrato de concessão, tendo praticamente parado as duplicações e investimentos logo que atingiu a exigências do contrato para iniciar a cobrança de pedágio (vide Tabela 1).

Novamente, pela sistemática da ANTT, estas obras são repassadas às tarifas dos usuários antes mesmo de serem iniciadas, sem qualquer garantia de que terão um desfecho diferente do observado com as obras originais do contrato de concessão.

Mais uma vez cabe questionar porque obras de tal monta não foram previstas na licitação que concedeu o trecho poucos anos antes (2013). Será que, se estas obras tivessem sido previstas e fossem de conhecimento de todos os interessados, a proposta vencedora ou mesmo o consórcio vencedor teriam sido diferentes?

Em qualquer hipótese, seguramente estas obras custariam significativamente menos aos usuários, uma vez que, submetidas a competição, estariam sujeitas aos significativos deságios verificados nos leilões da segunda e terceira etapas das concessões.

Reforçando todo o exposto até aqui, é pertinente o seguinte comentário de Maurício Ribeiro⁴²:

a adoção do regime de preço do serviço tem por objetivo preservar os benefícios auferidos pelo Poder Público por consequência da competição pelo projeto. **Isso é extremamente importante porque, como, em regra, os projetos de concessão são monopolistas nos seus respectivos mercados, o único momento em que há pressão competitiva real sobre os concessionários é no momento da participação da licitação, que é a competição pelo mercado. Por isso, é indispensável que as regras contratuais sobre reajustes de tarifa [...] preservem os benefícios auferidos pelo Poder Público (principalmente os relacionados à proposta de preço, por conta da competição do projeto.**

[destaque nosso]

Como se observa, o modelo da ANTT e a sua permissividade na inclusão de obras durante a execução dos contratos de concessão de rodovias torna possível que uma empresa descumpra o contrato e ainda verifique incremento dos seus resultados. Basta atrasar ou pleitear a supressão de investimentos do contrato original e garantir a inclusão de outras obras alternativas. Como as inexecuções e supressões de obras levam em conta as condições da proposta dos concessionários, o seu impacto é significativamente inferior ao da inclusão de novas obrigações, que são precificadas e incluídas sem desconto.

Dessa forma, a inclusão de obras sem qualquer compatibilidade com a proposta e condições vencedoras da licitação impõe efeitos que vão muito além de um descumprimento

⁴² Ribeiro, Mauricio Portugal, Concessões e PPPs – Melhores Práticas em Licitações e Contratos, Editora Atlas, p. 100.

meramente formal da Constituição Federal e das leis, constituindo a **principal causa** dos principais problemas verificados no setor: a inexecução sistêmica dos contratos. Ela se constitui na principal causa que leva os empresários a mergulharem no preço dos leilões para, posteriormente, atrasar obras e obrigações contratuais e pleitear a inclusão de outras novas obras, sem desconto, de maneira a obter lucros por vezes extraordinários, como o verificado no caso acima.

Assim, não cabe esperar uma redução no cenário de inexecuções do setor sem que se repense a política de inclusão de obras de grande monta durante a execução dos contratos, bem como o seu mecanismo de remuneração, que atualmente não guarda qualquer compatibilidade com a proposta econômico-financeira vencedora da licitação.

Em outras palavras, cabe repensar o modelo de forma que o concessionário não seja estimulado a trapacear, sendo imperativa a busca de propostas alternativas que permitam o alinhamento de seus interesses aos interesses estatais e dos usuários.

Nesse sentido, os lucros das empresas não podem aumentar à medida que a qualidade do serviço piore e à medida que obrigações contratuais são descumpridas.

A sessão a seguir ampliará a abordagem quanto aos incentivos aos concessionários.

2.4. DA REGULAÇÃO PELO CUSTO DO SERVIÇO

O art. 9º da Lei 8.987/95 dispõe que “a tarifa do serviço público concedido será fixada pelo preço da proposta vencedora da licitação”. Aparentemente simples, o dispositivo marcou relevante alteração na regulação dos serviços públicos no Brasil.

Pelo dispositivo, o legislador afastou a então amplamente utilizada regulação com base nos custos do prestador do serviço, que vinculava a tarifa dos usuários aos custos apresentados pelo concessionário ou o permissionário do serviço.

A regulação dos serviços públicos baseada nos custos incentiva a ineficiência do serviço prestado, vale dizer, fomenta a ampliação dos custos do empresário, acarretando, em última instância, aumento indevido das tarifas.

Quando o regulador transfere para as tarifas os custos apresentados pelo concessionário majorados de uma taxa de retorno do investimento, isso incentiva o prestador do serviço a não buscar a eficiência na gestão dos recursos, uma vez que maiores custos implicam maiores tarifas, que resultam em maiores lucros.

Em razão da complexidade do serviço delegado, existe uma considerável assimetria de informação para determinar os custos reais do serviço pelo regulador, que precisa se basear

nas informações apresentadas pela empresa prestadora do serviço. Dessa forma, o órgão regulador não tem condições de conhecer plenamente os custos do prestador do serviço, ainda que empregasse significativos esforços para determiná-los (o que encarece a atividade regulatória).

Por essa razão, o prestador se encontra em situação de vantagem sobre o regulador para impor os custos que alega incorrer e que serão transferidos aos usuários, via tarifa.

O art. 9º da Lei 8.987/95 procurou inverter esta lógica, de maneira a alinhar os interesses do empresário (lucros) com os interesses do Poder Concedente e dos usuários, consubstanciados na prestação do serviço adequado de maneira eficiente. Dessa forma, o legislador estabeleceu que a remuneração do serviço (tarifa) não estaria mais vinculada aos custos do serviço prestado, mas à “proposta vencedora da licitação”.

Buscou-se, assim, estimular a eficiência do serviço, uma vez que, a partir da tarifa fixada pela proposta vencedora, quanto maior a diferença entre a remuneração estabelecida (tarifa) e os custos reais do serviço, maiores serão os ganhos do prestador, que, se quiser verificar aumento dos seus ganhos, será impelido a promover as soluções de melhor custo-benefício.

Outro aspecto é que a mudança de paradigma mitiga o problema da assimetria de informação dos custos reais. Como os custos não compõem mais parâmetro de definição das tarifas, os custos efetivos do prestador deixam de ser uma informação relevante.

Esta sistemática de incentivos também funciona para a execução das obras previstas no contrato original. A partir da remuneração “travada” na sua proposta de preço, o concessionário tem o interesse de executar estas obras de maneira eficiente para obter lucro, vale dizer, sem majorar preços e quantidades e com qualidade: definindo a melhor geometria, escolhendo materiais com elevada durabilidade e qualidade, menor custo ao longo da vida útil e que permitam o alcance dos parâmetros de desempenho e a redução dos custos com manutenção.

Assim, o legislador criou uma estrutura que alinha os interesses do Poder Concedente e dos usuários aos interesses do prestador de serviço. Os primeiros almejam a prestação de um serviço adequado e eficiente (art. 6º da Lei 8.987/95); o segundo, maiores ganhos econômicos. Se o concessionário prestar um serviço adequado e eficiente, consequentemente auferirá maiores lucros. Em linhas gerais, o alinhamento de interesses de ambas as partes, dificulta um comportamento oportunista e favorece o cumprimento do contrato por ambas as partes.

Todavia, a sistemática acima se inverte no modelo de inserção de novas obras e obrigações adotados pela ANTT. O art. 3º da Resolução 3.651/11 estabelece que:

o valor das obras e/ou serviços deverá ser proposto pela concessionária
(...) mediante apresentação de orçamento elaborado com base na composição de custos do Sistema de Custos Rodoviários – SICRO.

Pela sistemática, a empresa propõe a solução de engenharia, elabora os projetos e os precifica por meio dos preços teto do Sicro; a ANTT, a partir dos preços e custos levantados pela concessionária, aprova os projetos, insere os valores dos investimentos no fluxo de caixa marginal e recalcula a tarifa, que deve aumentar para remunerar as novas obras.

Assim, baseada nos custos das obras fornecidos pelas concessionárias do serviço, a ANTT transfere o seu valor (sem desconto) às tarifas dos usuários. Quanto maior o valor destas obras, maior será o incremento tarifário e o aumento dos ganhos do concessionário. Assim, na prática, os custos das novas obras e obrigações são calculados pelos próprios concessionários e repassados integralmente aos usuários por meio do incremento tarifário.

Assim, se pelas obras do contrato original e conforme o art. 9º da Lei 8.987/95, o concessionário é impelido a ser eficiente se quiser aumentar os seus lucros, pelas obras inseridas durante a execução do contrato, nos termos da Resolução ANTT 3.651/2011, o incentivo é o inverso: quanto maior o custo declarado para a obra, maior o ganho da empresa.

Acrescenta-se que, ao contrário das obras originais do contrato, que são “autofiscalizáveis” (dado que o incentivo do concessionário é ser eficiente), a metodologia da inclusão de obras exige um intenso acompanhamento por parte da Agência Reguladora, o que, além dos riscos, exige um aumento do custo regulatório, principalmente, no que se refere à análise dos projetos de engenharia e fiscalização da obra a ser entregue.

Como o interesse do concessionário não está mais alinhado aos interesses estatais e dos usuários, ou seja, a empresa ganha mais quanto maior for o custo da obra, exige-se uma avaliação profunda dos quantitativos e seus custos, assim como o confronto da obra entregue com o que fora previsto nos projetos.

É de saber que a competência da ANTT é regular o serviço concedido, não fiscalizar a execução de obras públicas, tarefa que cabe ao DNIT. Como a Agência não detém a expertise e os recursos humanos e materiais para fazê-lo, abre-se oportunidade para desvios e superfaturamentos significativos.

A constatação acima levou inclusive o Tribunal de Contas da União a assinalar que “a ampliação ou inserção de obras em planos de investimentos de concessões em curso

representa involução regulatória e afronta ao art. 9º da Lei 8.987/1995”, ao que o Ministro Walton Rodriguez Alencar teceu os seguintes comentários ao Acórdão 738/2017:

No passado recente, a regulação de serviços públicos no Brasil era baseada na regulação por custo. As tarifas refletiam os custos declarados pelo concessionário mais dado adicional – a taxa de retorno do investimento.

Tal sistemática ocasionava dois efeitos:

- incentivo a realização de investimentos, ainda que desnecessários, e desestímulo à eficiência na gestão, haja vista que as tarifas eram calculadas para remunerar todos os investimentos e suportar todos os custos; e
- assimetria de informações, em benefício da concessionária, na determinação dos custos do serviço, haja vista que o regulador não tem condições de conhecer plenamente esses custos.

Buscando mitigar os efeitos da assimetria de informações e fomentar eficiência do serviço e modicidade tarifária, o modelo evoluiu para a regulação por incentivos, a qual vincula a tarifa à proposta vencedora, em vez de aos custos da concessionária.

Nesse sentido, o art. 9º da Lei Geral de Concessões (Lei 8.987/1995), que dispõe que: ***“A tarifa do serviço público concedido será fixada pelo preço da proposta vencedora da licitação e preservada pelas regras de revisão previstas nesta Lei, no edital e no contrato”***.

O novo modelo permite que a concessionária se aproprie de boa parte dos lucros resultantes do ganho de eficiência e da redução de custos. Quanto maior a diferença entre a remuneração, definida pelo regulador, e seus custos, maiores os seus lucros.

O incentivo à eficiência também se reflete na execução de obras. O concessionário passa a buscar as melhores soluções de engenharia e utilizar materiais que assegurem a durabilidade, para alcance prolongado dos parâmetros de desempenho e redução dos custos com manutenção.

Além disso, como os custos da concessionária deixam de ser relevantes para a definição da tarifa, os efeitos da assimetria de informação são mitigados.

Ao ampliar ou inserir novos investimentos aos originalmente previstos e permitir que a própria concessionária elabore o projeto de engenharia, a ANTT, na prática, retoma o regime de custos e incentiva a concessionária a valer-se da assimetria de informações do negócio para exacerbar os custos do novo investimento, recomendando soluções de engenharia antieconômicas e superestimando quantitativos.

Tais circunstâncias exigem que o órgão regulador seja capaz de questionar as soluções e quantitativos adotados nos projetos de engenharia, quantificar custos e fiscalizar rigorosamente a qualidade das obras, atividades que pressupõem recursos humanos, técnicos e financeiros com que a ANTT atualmente não conta.

Os efeitos de um modelo que incentiva a ineficiência e os desvios puderam ser verificados na prática em duas auditorias recentes do TCU. Na primeira oportunidade que esta Corte de Contas avaliou uma obra inserida em um contrato de concessão, apurou-se significativo superfaturamento e diversas irregularidades.

Tratou-se de auditoria que avaliou a obra denominada ‘Nova Subida da Serra’ na BR-040/MG/RJ, trecho administrado pela Concer (grupo Triunfo e Participações S.A). Na oportunidade, a obra, no montante de R\$ 1,1 bilhão, foi inserida ao final do contrato de concessão, mediante pagamento de recursos públicos ou alternativamente a prorrogação do contrato de concessão, inclusive, que não fora prevista no contrato original.

Além de **R\$ 425,142 milhões** (ref. dez/17) entre superfaturamento e sobrepreço, a Concessionária acumulou nos últimos anos **99% de inexecução contratual** (Acórdãos 18/2017-Plenário e 738/2017-Plenário). Em razão de problemas e falhas graves nos projetos, esta importante obra encontra-se paralisada por decisão do TCU, referendada pelo Congresso Nacional (conforme o anexo VI da LOA 2018).

Em decorrência das irregularidades acima, o TCU auditou as obras, no montante de R\$ 241,686 milhões, da 4ª faixa na BR-290/RS, trecho administrado pela Concepa (grupo Triunfo e Participações S.A). A obra também foi contratada ao final do contrato de concessão, mediante pagamento por meio de recursos públicos ou alternativamente a prorrogação do contrato de concessão.

A unidade técnica do TCU apurou um **superfaturamento de R\$ 97,535 milhões** (ref. dez/17), e recomendou a sua paralisação, tendo a recomendação sido deferida pelo Congresso Nacional (conforme o anexo VI da LOA 2018). Ademais, esta obra motivou a deflagração da Operação ‘Cancela Livre’ ⁴³ da Polícia Federal em parceria com o TCU.

Outro aspecto interessante é que o modelo de contratação de novos investimentos adotado pela ANTT, em que a empresa elabora os projetos da obra que executará posteriormente, além de incentivar um comportamento oportunista desta, não encontra respaldo na legislação.

O art. 9º da Lei 8.666/93 veda a participação em licitação ao autor de projeto básico e executivo. Em casos excepcionais, a Lei permite ao particular executar a obra, concomitantemente à elaboração do projeto executivo; todavia, o projeto básico deve necessariamente ser elaborado por terceiro (Lei 8.666/93, arts 7º, § 1º, e 9º, § 2º).

A Lei 12.462/2011, que instituiu o Regime Diferenciado de Contratações (RDC) e reduziu algumas exigências para as contratações do setor público e, diga-se de passagem, não é aplicável às concessões de serviços públicos, permite, em condições muito particulares (contratação integrada), a contratação a partir de anteprojeto.

⁴³ <https://g1.globo.com/rs/rio-grande-do-sul/noticia/operacao-da-pf-investiga-desvios-de-recursos-em-obras-da-br-290-no-rio-grande-do-sul.ghtml>

Nessa hipótese, o particular elabora os projetos básico e executivo da obra que executará; todavia, ainda assim, estará atrelado aos preços que ofereceu antes da licitação (preços estes que foram sujeitos à competição).

O modelo da Resolução 3.651/11 é ainda mais permissivo que a contratação integrada (que só pode ser utilizada em situações muito particulares), uma vez que, além de delegar ao particular a elaboração tanto do projeto executivo como do projeto básico, o faz sem vincular o particular a um valor prévio de preço aferido em ambiente concorrencial, o que confere ampla liberdade ao concessionário para definir o valor da obra que deseja executar.

Pelo exposto, a previsão de delegar ao concessionário a elaboração dos projetos básico e executivo da obra que executará posteriormente, sem qualquer restrição de preços e submissão à ampla concorrência, além de acarretar riscos insuportáveis para a Administração e para os usuários, não encontra guarida na legislação.

Assim, a metodologia de inserção de novos investimentos e obrigações adotada pela ANTT cria uma estrutura de incentivos para que o particular atente contra os interesses dos usuários e da Administração, seja superfaturando preços e quantidades, seja adotando soluções de engenharia antieconômicas. Pela Resolução 3.651/2011, a Agência retoma aquilo que o art. 9º da Lei 8.987/95 buscou vedar, qual seja, a regulação baseada nos custos do serviço, em que o regulador repassa à tarifa os custos do serviço, nesse caso, o custo das obras.

CONCLUSÃO

Assim como qualquer política pública, a delegação de serviços públicos à iniciativa privada deve estar relacionada ao aumento da qualidade, à ampliação do serviço e a sua eficiência. Todavia, em todas as 21 concessões de rodovias federais são verificados níveis alarmantes de inexecução contratual, os quais alcançam, nos casos mais graves, os 100% em relação às obras de melhorias e ampliação da capacidade (principais investimentos exigíveis).

Como resultado do atraso de importantes obras e do crescimento do tráfego ao longo dos anos, a segurança viária se compromete e o custo do frete aumenta, o que agrava a competitividade dos produtos nacionais e o déficit de infraestrutura do país.

Em que pese os significativos descumprimentos contratuais, na grande maioria das concessões rodoviárias, pode-se verificar que as tarifas vêm aumentando acima da inflação (vide tabelas 3 a 5). Por outro lado, as obras originais dos contratos encontram-se paralisadas, tendo o Governo Federal editado a medida provisória postergando, sem redução das tarifas, de 5 para 14 anos, o prazo de duplicação das rodovias concedidas em 2014.

Com base na Resolução ANTT 3.651/2011 e a partir dos projetos e soluções de engenharia, elaborados pelas próprias concessionárias e orçados pelo ‘preço teto’ do Sicro, a Agência aprova projetos de vultosas obras e transfere os seus custos às tarifas dos usuários.

Inicialmente, a ANTT vem desfigurando a determinação do Acórdão 2.927/2011-TCU/Plenário, em que se estabeleceu a obrigatoriedade de aplicar a metodologia do fluxo de caixa marginal, prevista na Resolução 3.651/2011. O TCU, à época, intentava impor taxas de retorno aderentes à realidade econômica do presente quando da inclusão de ‘pequenas’ obras, tais como a construção de passarelas, retornos e dispositivos de segurança. Todavia, a Agência vem utilizando o referido Acórdão como fundamento para incluir obras de grande monta nas concessões e, por vezes, desfigurando o objeto da concessão.

Nesse sentido, afrontando princípios e normas constitucionais, a contratação de obras de infraestrutura rodoviária mediante contratação direta, que era para ser a exceção, passou a ser a regra na Administração Federal (vide tabela 6). Cabe frisar que, independentemente do risco de fraudes ou desvios, inerente a qualquer contratação sem licitação, qualquer obra inserida em uma concessão durante a execução do contrato custará necessariamente mais que uma obra equivalente do Dnit, verdadeiro contrassenso, sobretudo, para uma política que se ampara sobre o discurso de eficiência. Isto ocorre porque a Resolução estabelece que estas

obras serão contratadas sem qualquer desconto, incidindo ainda uma taxa, não observada nas demais contratações do setor público, de 6,24% para remunerar custos administrativos.

Acrescenta-se que a contratação de vultosas obras sem licitação afronta o dever de licitar e os princípios que obrigam a Administração, em particular a moralidade, a impessoalidade e a eficiência. Com efeito, obras como a duplicação integral da BR-153/SP, no montante estimado em **R\$ 4 bilhões**, em trecho concedido como rodovia simples, desvirtua o objeto do contrato e torna a licitação da concessão mera ficção.

Outro caso emblemático se deu na BR-163/MT, em que pouco mais de **um ano após o início do contrato**, a concessionária assumiu trecho do Dnit juntamente com obras no valor de **R\$ 819.532.282 milhões** (ref. a mar/14), que impactaram em **38,98%** a tarifa. Destaca-se que a ANTT contratou a mesma obra do trecho pelo **dobro** do contratado pelo Dnit.

Assim, para contratar uma obra de grande monta em uma rodovia concedida, a ANTT deveria primordialmente ponderar, em cada caso concreto, a possibilidade, os benefícios, os problemas e as alternativas de uma possível competição, incluindo a possibilidade de desconto e economia. Atualmente, a ANTT apenas analisa, de forma pouco robusta, a conveniência e oportunidade da obra, nunca se detendo à vantagem ou não da licitação.

Outro aspecto é que o fato de essas obras serem contratadas sem desconto e sem qualquer correspondência com a proposta econômica das empresas acarreta afronta às disposições da legislação quanto à manutenção do equilíbrio econômico e financeiro dos contratos públicos. Além do aspecto formal, a contratação de obras de grande monta, mediante preços completamente desvinculados das propostas de preços, acarreta efeitos nefastos para o setor.

Primeiramente, incentiva as empresas a oferecer lances agressivos nas licitações, a fim de entrar, sob quaisquer condições no negócio, de maneira a compensar posteriormente o deságio com ganhos, por vezes **extraordinários**, com as obras inseridas via termo aditivo.

Em segundo, a prática favorece a ocorrência de conluíus entre empresas e agentes públicos no sentido de fraudar a licitação da concessão. Como as obras serão custeadas sem qualquer vínculo com a proposta econômico-financeira vencedora, abre-se a oportunidade para que obras e serviços de engenharia que se saiba que serão necessários ao longo do contrato sejam deliberadamente omitidos do objeto da licitação da concessão.

No caso de conhecimento dessa informação por determinado licitante, torna-se possível que o mesmo proponha preços mais agressivos. Como as novas obras serão custeadas

pelo preço teto dos sistemas de custos oficiais, a margem de lucro do empresário aumentará com esses investimentos, de sorte que este poderá propor preços mais baixos no leilão, sabendo que os compensará posteriormente com as obras omitidas.

Outro ponto é que a inclusão de vultosas obras impossibilita a adequada precificação do negócio pelos licitantes em igualdades de condições, de sorte que, diante da percepção do mercado de que importantes investimentos são omitidos no leilão ou que determinados grupos econômicos detêm mais força política para “ganhar” novas obras, potenciais entrantes se absterem de entrar no mercado. Nesse sentido, barreiras à entrada de novos entrantes culminam no fortalecimento dos grupos econômicos que já estão dentro do mercado, o que facilita a “captura” ou a “corrupção” de agentes públicos, no sentido de inserir novas barreiras à entrada de novas empresas, de maneira a repetir o ciclo.

Verificou-se ainda uma falta de equivalência entre o reequilíbrio das inexecuções e exclusões de obras do contrato original e o reequilíbrio para a inclusão de novas obras. As inexecuções e os atrasos levam em conta os descontos do concessionário (significativos); as inclusões, ocorrem pelo preço teto acrescido de taxa de administração. Na prática, as empresas ganham mais com a inclusão de obras do que perdem com a inexecução do contrato.

Esta discrepância incentiva as empresas a não executar as obras do contrato original ou a pleitear a sua exclusão (reequilibradas considerando o desconto) e a pleitear a inclusão de novas obras (reequilibradas pelo preço teto) – jogo de planilha. Foi o que ocorreu na BR-060/153/262/DF/GO/MG, em que ampliação do contorno de Goiânia, pouco após o início do contrato, o qual o custo quilométrico do trecho incluído impactou **7,8 vezes mais** que o custo quilométrico do trecho previsto no contrato original.

Assim, a falta de equivalência entre o reequilíbrio para a inclusão de obras e o reequilíbrio das inexecuções/exclusões de obras do contrato original explica parte da incongruência entre os níveis sistêmicos de inexecução de investimentos e o crescimento das tarifas acima da inflação no setor.

Por último, a metodologia da Resolução ANTT 3.651/11 retoma algo que, pelo estímulo à ineficiência, o artigo 9º da Lei 8.987/95 procurou vedar, qual seja, a regulação baseada nos custos do serviço. Pela antiga sistemática, o regulador transferia para as tarifas dos usuários os custos apresentados pelo concessionário. Maiores custos ensejavam maiores tarifas, que resultavam em maiores lucros ao particular. Como resultado, as empresas eram impelidas a majorar os seus custos.

Ao estabelecer que a tarifa do serviço será fixada pelo preço da proposta vencedora, o legislador desvinculou os custos do serviço da remuneração do prestador. Com a tarifa travada na sua proposta, o particular é impelido a reduzir custos para aumentar seus ganhos.

Indo de encontro a esta disposição legal, a ANTT, baseada nos projetos elaborados pela **própria concessionária** e quantificados por meio do preço teto do Sicro, transfere aos usuários do serviço o custo das obras. Na prática, a empresa define o valor das obras que os usuários deverão pagar. O resultado é um incentivo a desvios, sobrepreços, soluções de engenharia antieconômicas, uma vez que, quanto maior o valor proposto pelas obras, maiores serão os reequilíbrios econômico-financeiros e porquanto os ganhos do concessionário.

Este incentivo pôde ser verificado na prática pelo TCU, que nas duas **únicas** oportunidades em que avaliou obra em uma concessão de rodovias, entre outros desvios graves, apurou aproximadamente **R\$ 522 milhões** (ref. a dez/17) entre superfaturamento e sobrepreço. Na prática, dispor do processo competitivo, delegando à concessionária a elaboração da solução de engenharia e dos próprios projetos e transferir estes custos aos usuários ou ao Poder Concedente impõe risco impraticável de desvios e irregularidades.

Assim, a inserção de grandes obras nos contratos de concessão acarreta efeitos nefastos ao setor. Encorajadas pela permissividade da ANTT com os descumprimentos contratuais, as empresas oferecem propostas agressivas nos leilões, a fim de se autocompensarem posteriormente, via lucros extraordinários e extracontratuais, com a inclusão de obras sem desconto.

Diante do exposto, desconsiderando eventuais desvios, só o fato de as principais obras de infraestrutura do país, hoje no âmbito das concessões, custarem necessariamente mais que uma obra pública idêntica deveria ensejar uma reavaliação das decisões futuras relativas à infraestrutura de rodovias. Este aspecto, aliado ao atraso generalizado de importantes investimentos dos contratos, deveria levar a um amplo debate com a sociedade civil quanto aos rumos tomados pela política do setor.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Anexo VI da Lei Orçamentária Anual de 2018, Disponível em:

<http://www.camara.leg.br/internet/comissao/index/mista/orca/orcamento/or2018/lei/ANL13587.pdf>. Acesso em 31/01/2018.

GARCIA, Flávio Amaral. Aspectos jurídicos na cobrança antecipada de pedágio nas concessões públicas de rodovias. Boletim de Direito Administrativo 3: 404, 2003.

MARQUES NETO, Floriano. Concessão de serviços públicos e prestação de serviços de interesse coletivo: Diferença de regimes jurídicos. Boletim de Direito Administrativo 4:279,2000.

RIBEIRO, Mauricio Portugal. Concessões e PPPs — melhores práticas em licitações e contratos. São Paulo: Editora Atlas, 2011.

Contrato de concessão da BR-163/MT. Disponível em:

file:///C:/Users/Adm/Downloads/contrato_1.pdf. Acesso em 23/01/2018.

Contratos e Programas de Exploração da Rodovia das concessionárias da 3ª etapa do Procrofe. Disponível em: http://www.antt.gov.br/rodovias/Concessoes_Rodoviaras.html. Acesso em 23/01/2018.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 8ed., São Paulo: Malheiros Editora, 1996.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 15 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

Edital 111/2015-11. Disponível em:

http://www1.dnit.gov.br/anexo/Edital/Edital_edital0111_15-11_0.pdf. Acesso em 31/01/2018

GUASH, J. Luis. Granting and Renegociation infrastructure Concessions Doing it Right. Word Bank Institute. Washington, D.C,2004.

Nota Técnica 41/2015/Geinv/Suinf/ANTT. Disponível em:

file:///C:/Users/Adm/Downloads/nota_tecnica_n_041_2015_geinv_suinf.pdf.

Acesso em 23/01/2018.

Nota Técnica 116/2015/Geror/Suinf/ANTT. Disponível em:

[file:///C:/Users/Adm/Downloads/nt_1162015gerorsuinf%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Adm/Downloads/nt_1162015gerorsuinf%20(1).pdf).

Acesso em 23/01/2018.

Nota Técnica 20/2016/Geinv/Suinf/ANTT. Disponível em:

[file:///C:/Users/Adm/Downloads/nota_tecnica_n_020_2016_geinv_suinf%20\(2\).pdf](file:///C:/Users/Adm/Downloads/nota_tecnica_n_020_2016_geinv_suinf%20(2).pdf).

Acesso em 23/01/2018.

Nota Técnica 115/2016/Geror/Suinf/ANTT. Disponível em:

http://www.antt.gov.br/rodovias/CONCEBRA/CONCEBRA_Revisao_e_Reajuste_da_Tarifa_de_Pedagio.html. Acesso em 23/01/2018.

DE MATTOS, Mauro Roberto Gomes. O contrato administrativo. 2. ed., Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. O contrato de concessão de rodovias: particularidades, alteração e recomposição do equilíbrio econômico-financeiro. Revista de Direito da Procuradoria Geral, Rio de Janeiro, p. 186-215, 2012. Edição especial.

Reportagem: Operação da PF investiga desvios de recursos em obras da BR-290 no Rio Grande do Sul. Disponível em: <https://g1.globo.com/rs/rio-grande-do-sul/noticia/operacao-da-pf-investiga-desvios-de-recursos-em-obras-da-br-290-no-rio-grande-do-sul.ghtml>. Acesso em 23/01/2018.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Parcerias na Administração Pública. São Paulo: Atlas, 2002

Sistema Integrado de Administração Financeira do Governo Federal. Disponível em: <http://www.tesouro.fazenda.gov.br/siafi>. Acesso em 23/01/2018.

Programa de Investimento em Logística 2015. Disponível em: http://www.cmic.org.mx/cmic/oportunidadesNegocio/eventoPromexico/ProgramaInvestimentoLogC3%ADstica_2016.pdf. Acesso em 23/01/2018.

JUSTEN FILHO, Marçal. Teoria geral das concessões de serviço público. São Paulo: Dialética, 2003.

Relatórios de acompanhamento das principais. Disponível em: http://www.antt.gov.br/rodovias/Relatorios/Relatorios_Acompanhamento_Obras.html. Acesso em 23/01/2018.

Voto que aprovou a 9ª Revisão Ordinária, a 9ª Revisão Extraordinária e o Reajuste da Tarifa de Pedágio da Concessionária Transbrasiliana. Disponível em: [file:///C:/Users/Adm/Downloads/votodmr_transbrasiliana%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Adm/Downloads/votodmr_transbrasiliana%20(1).pdf). Acesso em 23/01/2018.